دكتور
أشرف جابر سيد
أستاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقوق جامعة حلوان

دروس
فى مبادئ القانون

٢٠٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

" ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير "

من الآية ٤ من سورة الممتحنة

الكتاب الأول

نظرية القانون

١ - خطة البحث :

تقتضى دراسة نظرية القانون أن نعرض لأربعة موضوعات رئيسية ، الأول تحديد ماهية القانون ، فنتناول تعريف القاعدة القانونية ، ثم تمييزها عما يشتبه بها من قواعد أخرى ، ثم نعرض لتقسيمات القانون المختلفة ، والثانى تحديد مصادر القاعدة القانونية ، سواء المصادر الرسمية أو المصادر غير الرسمية ، ثم نتناول تفسير القاعدة القانونية ، وأخيرا نعرض لتطبيق القانون ، حيث نعرض لنطاق تطبيقه من حيث المكان ومن حيث الزمان ، وإلغاء القانون .

وعلى ذلك تنقسم هذه الدراسة إلى أربعة أبواب هى :

الباب الأول : ماهية القانون .

الباب الثانى : مصادر القانون .

الباب الثالث : تفسير القانون

الباب الرابع : تطبيق القانون .

الباب الأول

ماهية القانون

٢ - تمهيد وتقسيم :

نتولى دراسة هذا الباب فى فصلين ، نتناول فيها على التوالى ، تعريف القانون ، ثم تقسيمات القانون .

الفصل الأول

تعريف القانون

٣ - تقسيم :

تقتضى دراسة تعريف القانون ، أن نعرض أولا لمفهوم القاعدة القانونية ، ثم التمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى ، وأخيرا بيان نطاق القانون من خلال دراسة كل من المذهب الفردى والمذهب الاشتراكى ثم النظام الإسلامى .

وعلى ذلك فسوف نقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى المباحث الثلاث التالية :

المبحث الأول : مفهوم القاعدة القانونية .

المبحث الثانى : التمييز بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى .

المبحث الثالث : نطاق القانون .

المبحث الأول

مفهوم القاعدة القانونية

٤ – تقسيم :

نتناول مفهوم القاعدة القانونية من خلال تعريف القاعدة القانونية (مطلب أول) ، ثم خصائص القاعدة القانونية (مطلب ثان) ، وأخيرا تمييز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى (مطلب ثالث) .

المطلب الأول

تعريف القاعدة القانونية

٥ – تعدد المعانى المقصودة من لفظ القانون :

يطلق لفظ القانون على العديد من المعانى ، بعضها عام ذو مدلول لغوى أو فلسفى ، وبعضها خاص ذو مدلول وضعى ، والبعض الثالث اصطلاحى ذو مدلول فنى [١] .

---

[١] عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ط ٦ (منقحة) ، ١٩٩٣ ، ص ١٣ وما بعدها ، سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ، ج ١ ، المدخل للعلوم القانونية ، ط ٦ ، ١٩٨٧ ، ص ٩ ، حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط ٥ ، ١٩٧٣ ، ص ١٩ ، عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل لدراسة القانون ودراسة الشريعة الإسلامية ، القاهرة ١٩٧٩ ، ص ٦١ ، نزيه محمد الصادق المهدى ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، نظرية القانون ، ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية ، ص ٧ وما بعدها ، عبد الرشيد مأمون ، الوجيز فى المدخل للعلوم القانونية " نظرية القانون " ، دار النهضة العربية ، د.ت ، ص ١١ وما بعدها ، جلال محمد إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، نظرية القانون ،

٦ – أولا : المعنى العام (المدلول اللغوى الفلسفى) :

يقصد بالقانون وفقا لهذا المدلول معنى النظام والاطراد ، وهو يستخدم فيما يتعلق بالعلاقة بين الظواهر المختلفة التى تسير على وتيرة ثابتة ، بما يمكن معه القول بوجود قانون لهذه الظواهر ، كقانون الجاذبية الأرضية فى علم الطبيعة ، وقانون العرض والطلب فى علم الاقتصاد [٢] .

٧ – ثانيا : المعنى الخاص (المدلول الوضعى) :

وينصرف هذا المعنى إلى نوعين من المدلولات :

(أ) فقد يقصد به ، من ناحية ، مجموعة القواعد السارية فى بلد معين وفى زمن معين ، فيقال مثلا القانون المصرى والقانون الفرنسى . ويطلق على هذا المعنى للقانون ، اصطلاح " القانون الوضعى " ، ولذا فهو أضيق فى مدلوله عن القانون بالمعنى العام .

(ب) كما قد يقصد به مجموعة القواعد التى تنظم حياة الأفراد فيما يتعلق بمسألة معينة ، أو نوع معين من الروابط ، فيقال ، فى هذا الخصوص ، القانون المدنى ، أو القانون التجارى ، أو قانون العقوبات . والقانون بهذا المعنى

= ٢٠٠٠ ، ص ٤ وما بعدها ، محمد حسام محمود لطفى ، المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الأول : نظرية القانون ، ١٩٩٤ ، ص ٩ وما بعدها .

[٢] وعلى الرغم من أن كلمة قانون ليس عربية من حيث الأصل ، حيث إن أصلها لاتينى kanon بمعنى القاعدة أو التنظيم ، إلا أن العرب كانوا أسبق إلى استخدامها من الأوربيين ، وعلى سبيل المثال " ابن سينا " الذى استخدمها عنوانا لكتابه " القانون " فى الطب ، كما ذكر الغزالى فى " المستصفى " طائفة من القواعد وضع بعضها تحت عنوان " الفن الأول فى القوانين " . مختار القاضى ، أصول القانون ، القاهرة ١٩٧٣ ، ص ١٢ .

أضيق نطاقا من المعنيين السابقين ، ويقصد به فى المقام الأول مدلول التقنين الصادر عن السلطة التشريعية .

٨ – ثالثا : المعنى الاصطلاحى (المدلول الفنى) :

وهذا المعنى هو ما يعنينا ، ويعرف القانون وفقا له بأنه " مجموعة القواعد العامة والمجردة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع ، وتكون مقترنة بجزاء يوقع على من يخافها " .

المطلب الثانى

خصائص القاعدة القانونية

يستفاد من التعريف الاصطلاحى للقاعدة القانونية أن لها ثلاث خصائص هى : ١ – القاعدة القانونية عامة ومجردة .

٢ – القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تنظم السلوك الخارجى للأفراد .

٣ – القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء .

٩ – أولا : القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة :

يقصد بعمومية القاعدة القانونية أنها تطبق على جميع الوقائع والأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط تطبيق القاعدة ، حيث لا تطبق هذه الأخيرة على وقائع بعينها ، أو أشخاص بذواتهم .

أما صفة التجريد فيقصد بها أن القاعدة القانونية تنشأ لتطبق على وقائع ذات شروط معينة ، وأشخاص ذوى صفات معينة ، بحيث إذا توافرت هذه الشروط ، وتلك الصفات ، طبقت دون تمييز سواء على الوقائع أو الأشخاص .

فكل من صفتى العمومية والتجريد وجه لازم للقاعدة القانونية ، لا يغنى أحدهما عن الآخر ، بل كلاهما يرتبط بالآخر ارتباطا لازما ، فتجريد القاعدة القانونية عند نشأتها ، يترتب عليه عموميتها عند التطبيق ، والعمومية بدورها تؤدى إلى التجريد ، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه [٣] من أن " القاعدة القانونية عامة من حيث تطبيقها ، مجردة من حيث نشوئها " .

وعلى ذلك تعتبر قاعدة قانونية تلك التى تقضى بأن " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " (م ١٦٣ مدنى) ، فهذا النص لا يحدد واقعة خطأ بعينها ، كما أنه لا يخاطب شخصا ما بذاته ، بل جاءت عبارته مطلقة ، بحيث تنطبق على كل من تسبب بخطئه فى إحداث ضرر بالغير ، أيا كان هذا الخطأ ، وأيا كان هذا المضرور .

١٠ - نطاق عمومية وتجريد القاعدة القانونية :

يترتب على القول بهذه الخاصية أنها تمتد فى تطبيقها لتشمل الوقائع والأشخاص والزمان والمكان .

(أ) **فمن حيث الوقائع** : تنشأ القاعدة القانونية لتطبق على وقائع ذات شروط محددة ، بحيث تنطبق القاعدة القانونية على كل واقعة تتوافر فيها هذه الشروط ، ومثال ذلك نص المادة ٤٣١ من التقنين المدنى التى تنص على أن " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع " ، فالقاعدة الواردة بهذا النص قاعدة عامة مجردة تنطبق على كافة عقود البيع .

---

(٣) عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ، ١٩٧٦ ، ص ١٥ .

(ب) ومن حيث الأشخاص : فالقاعدة القانونية لا تتوجه بالخطاب إلى الأفراد بأشخاصهم أو بذواتهم ، وإنما بصفاتهم ، بحيث تنطبق على كل شخص تتوافر فيه هذه الصفة . وتطبيقا لذلك تعتبر قاعدة قانونية تلك التى تقضى بأن " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " (المادة ١٦٣ مدنى) ، فهذه القاعدة عامة ومجردة لأنها نشأت لتطبق على كل من يحدث خطأ ينشأ عنه ضرر للغير ، أيا كان مرتكب الخطأ ، وأيا كان من وقع عليه الضرر .

وبالمقابل لا يعد من قبيل القاعدة القانونية القرار الذى يصدر بتعيين شخص معين فى وظيفة معينة ، أو الحكم الذى يقضى بإلزام شخص معين بالتعويض ، لأن كلا منهما قد توجه بالخطاب ليطبق على شخص محدد بذاته ، مما يفقده صفتى العموم والتجريد ، وذلك على الرغم من أن القانون الذى يحدد شروط التعيين فى تلك الوظيفة ، أو الذى يقرر جزاء التعويض الذى يقضى به الحكم ، تتوافر فيه صفتا العمومية والتجريد .

(ج) ومن حيث الزمان : فإن تطبيق القاعدة القانونية لا يقتصر على حكم وقائع معينة تحدث فى تاريخ معين ، وإنما يمتد ليشمل كافة الوقائع اللاحقة على صدور القاعدة القانونية إلى حين إلغائها .

(د) ومن حيث المكان : تسرى القاعدة القانونية على كافة الوقائع التى تحدث على إقليم الدولة دون أن تقتصر على جزء منه .

١١ - نسبية عمومية وتجريد القاعدة القانونية :

لا تعنى خاصية العمومية والتجريد للقاعدة القانونية أنها تطبق بصورة مطلقة ، كما فى الأحوال السابقة ، فهى وإن كانت كذلك من حيث الأصل ، إلا

أن هناك بعض الاستثناءات التى ترد على هذا الأصل ، حيث تطبق بشكل نسبى سواء من حيث الأشخاص أو الزمان أو المكان .

(أ) **من حيث الأشخاص** : لا يعنى عمومية وتجريد القاعدة القانونية أنها يجب أن تطبق على جميع الأشخاص ، بل إنها تظل عامة ومجردة ، ولو لم تطبق إلا على فئة معينة من الأشخاص فى المجتمع ، أو حتى على شخص واحد ، وذلك طالما أنها لا تطبق على هذه الفئة بذاتها أو ذلك الشخص بعينه ، وإنما تطبق لتوافر صفات وشروط معينة فى أى منهما ، دون النظر إلى أشخاص هذه الفئة ، أو ذاتية ذلك الشخص .

فقانون المحاماة لا يطبق إلا على فئة المحامين ، وقانون نظام القضاء لا يطبق إلا على فئة معينة هى القضاة ، ولا يتعارض تطبيق تلك القواعد على فئة معينة مع كونها قاعدة عامة ومجردة .

كما أن القواعد التى تخاطب شخصا واحدا ، كتلك التى تحدد سلطات واختصاصات رئيس الدولة ، أو رئيس مجلس الشعب ، تظل متمتعة بخاصية العمومية والتجريد ، لأنها لا تخاطب شخصا محددا ، وإنما تخاطب كل من تنطبق عليه صفة رئيس الدولة أو صفة رئيس مجلس الشعب .

(ب) من حيث الزمان : قد لا تسرى القاعدة القانونية إلا لفترة مؤقتة ، دون أن يتعارض ذلك مع صفة العمومية ، إذ أن هناك بعض القوانين توضع لمواجهة ظروف مؤقتة بطبيعتها ، فيظل بقاؤها مرتبطا ببقاء هذه الظروف ، ومن ذلك قوانين الأحكام العرفية التى توضع لمواجهة ظروف الحرب [٤] .

---

[٤] عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، ص ٢٠ .

(ج) من حيث المكان : إذا كان الأصل أن القاعدة القانونية تطبق على كل إقليم الدولة ، إلا أنها قد تقتصر على جزء من هذا الإقليم دون أن تفقد صفة العمومية والتجريد ، من ذلك القواعد القانونية التى توضع لتطبق على أجزاء معينة من إقليم الدولة ، كالقوانين الخاصة بالجهات الساحلية أو المناطق الأثرية فى البلاد [٥] ، ومن ذلك أيضا العرف الذى قد يكون إقليميا فيقتصر على أهل الحضر مثلا أو أهل الريف أو أهل الصعيد .

١٢ – أهمية خاصية العمومية والتجريد :

تؤدى هذه الخاصية إلى تحقيق العدل وإقامة النظام وتوفير الاستقرار فى المجتمع ، فهى تضمن تحقيق المساواة وعدم المحاباة بين أفراد المجتمع .

ولكن لا يعنى ذلك أن هذه الخاصية تحقق العدالة المطلقة فى المجتمع ، فهى لا تحقق سوى العدل الذى يعتد فيه بالوضع الغالب فى واقع الحياة ، إذ من المستحيل أن يتساوى أفراد المجتمع فى الظروف ، حيث يقع التفاوت فيما بينهم فى بعض الظروف الخاصة ، والقاعدة القانونية حين تصدر لا تأخذ فى اعتبارها سوى الوضع الغالب دون هذه الظروف الخاصة ، وهو ما يحقق العدل بين أفراد المجتمع ، ومثال ذلك تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ، حيث يأخذ القانون فى اعتباره أن هذا السن هو حد بلوغ النضج العقلى ، وذلك على الرغم من أن هناك بعض الأشخاص الذين يتمتعون بهذا النضج قبل هذا السن ، كما أن هناك من يبلغ هذا السن دون أن يتوافر له هذا النضج ، ومع ذلك فالقانون لم يأخذ فى اعتباره هذه الحالات الخاصة ، وإنما اعتد فقط بالوضع الغالب ، ونص عليه فى

---

[٥] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

قاعدة عامة مجردة ، ولو كان قد أخذ فى اعتباره الحالات الخاصة لتعذر عليه وضع مثل هذه القاعدة العامة المجردة ، مما يشيع الفوضى ويهدد الاستقرار فى المجتمع [٦] .

وعلى الرغم من ذلك فقد تحقق صفة العموم والتجريد العدالة المطلقة التى تقوم على التماثل فى المعاملة ، فتراعى القاعدة القانونية الظروف الخاصة لبعض الأشخاص ، فتورد استثناء على الأصل العام ، من ذلك تقرير إعفاء بعض الأشخاص من أداء الخدمة العسكرية - استثناء - مراعاة لظروفهم الخاصة التى قدر المشرع أحقيتها بهذا الاستثناء ، كحالة الابن الوحيد لوالده المتوفى [٧] .

١٣ - ثانيا : القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تنظم السلوك الخارجى للأفراد :

(أ) القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية : إذ لا يتصور وجود قاعدة قانونية بلا مجتمع ، فلو فرض وعاش إنسان منعزلا - وهو فرض مستحيل عملا - لما كانت هناك حاجة لأية قاعدة قانونية تحكمه وتنظم سلوكه ، ولكن لما كان الإنسان كائن اجتماعى بطبيعته ، فإن القاعدة القانونية تخاطبه بوصفه فردا داخل جماعة .

---

(٦) محمود جمال الدين زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، ١٩٦٤ ، ص ١١ وما بعدها ، نزيه المهدى المرجع السابق ، ص ٣٠ .

(٧) جلال إبراهيم ، السابق ، هامش ص ٢٠ .

وكما أنه لا وجود لقانون بلا مجتمع ، فأيضا لا مجتمع بدون قانون ، فهذا الأخير هو الذى يضمن وجود وبقاء واستقرار المجتمع ، فعدم وجود القانون فى مجتمع ما يترتب عليه – حتما – انهيار هذا المجتمع وزواله . وهو ما نص عليه الدستور المصرى فى المادة ٦٤ منه بقوله " سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة " ، وفى المادة ٦٥ من أنه " تخضع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات " .

ويترتب على القول بأن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، أنها نسبية تختلف من مجتمع لآخر حسب الأفكار والتقاليد والأعراف السائدة فى كل مجتمع ، بل إنها قد تختلف داخل المجتمع الواحد من زمن لآخر ، حسب ما يطرأ عليه من تغيير وتطور فى العلاقات والمفاهيم [٨] .

ولا يلزم توافر شكل معين للمجتمع الذى تنظمه القاعدة القانونية ، فكما أنها تنظم الدولة فى صورة المجتمع المنظم الخاضع لسلطة عليا تفرض القوانين وتكفل احترامها بتوقيع الجزاءات على من يخالفها ، فإنها تنظم كذلك علاقات الأفراد فى أى جماعة مهما كانت درجة تقدم أو تخلف هذه الجماعة ، فتشمل المجتمعات البسيطة البدائية المتمثلة فى الأسرة أو العشيرة أو القبيلة ، طالما تحقق لهذه الجماعة قدر من الاستمرار والاستقرار [٩] .

(ب) القاعدة القانونية تنظم السلوك الخارجى للأفراد : ويعنى ذلك أن القانون لا يعتد بنوايا الأفراد أو مقاصدهم الباطنية ، فهو لا يحكم إلا المظهر

---

[٨] عبد المنعم الصدة ، أصول القانون ، ١٩٧٢ ، ص ١٥ .

[٩] نعمان جمعة ، دروس فى المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٧٨ ، ص ٣٦ وما بعدها ، عبد الرشيد مأمون ، السابق ، ص ١٨ .

الخارجى من سلوك الفرد ، فلا يقرر جزاء على مجرد البواعث الداخلية ، ولذلك فإن مجرد التفكير فى ارتكاب جريمة لا يعاقب عليه القانون ، وإنما يتدخل من لحظة أن يتحول هذا التفكير أو النية إلى سلوك خارجى ، سواء كان هذا السلوك إيجابيا كالبدء فى تنفيذ الجريمة أو التحضير لها ، أو سلبيا كامتناع الأم عن إرضاع وليدها .

ولئن كان القانون لا ينظم سوى السلوك الخارجى للأفراد ، إلا أن ذلك لا يعنى أنه لا يحفل بالنية مطلقا ، بل على العكس يعتد بها إذا لازمها سلوك مادى ، فهو لا يعتد بها مجردة ، وإنما يعول عليها إذا دل عليها فعل مادى ، وحينئذ يرتب عليها آثارا هامة ، من ذلك عقوبة القتل مع سبق الإصرار أشد من عقوبة القتل العمد ، وهذه الأخيرة أشد من عقوبة القتل الخطأ . ومن ذلك أيضا التملك بالتقادم المكسب ، حيث تختلف المدة اللازمة للتقادم تبعا لتوافر حسن النية لدى الحائز من عدمه ، فتكون خمس عشرة سنة وفقا للقواعد العامة فى التقادم – سواء كان مكسبا أو مسقطا – إذا انتفى حسن نية الحائز سواء كان حائزا لمنقول أو عقار (م ٩٦٨ مدنى) ، بينما يسرى التقادم الخمسى – وهو خاص بالعقارات والحقوق العينية العقارية – إذا اقترنت الحيازة بحسن النية (م ٩٦٩ مدنى) .

ولا شك فى أن اعتداد القانون بالسلوك الخارجى للشخص ، دون نواياه الباطنة ، يكفل الاستقرار فى المجتمع ، لأنه يبنى حكمه على أمور معلومة يمكن التأكد من حقيقتها والاطمئنان إليها ، وهو ما لا يتوافر فى المشاعر والنوايا الداخلية .

ويترتب على القول بأن القاعدة القانونية تنظم السلوك الخارجى للأفراد أنها قواعد تقويمية تفرض على الأفراد اتباع مسلك معين ، وليست قواعد تقريرية ، فالقانون يسعى إلى تحقيق ما يجب أن يكون دون الاكتفاء برصد الواقع وتسجيله ، كما هو الحال فى علوم الرياضة والطبيعة والمنطق .

وتتوافر هذه الصفة " التقويمية " للقاعدة القانونية فى تنظيمها للسلوك الخارجى للأفراد ، سواء بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة . فقد يتم ذلك مباشرة عن طريق القواعد التى تلزم الفرد بأداء الخدمة العسكرية أو الامتناع عن ارتكاب الجرائم ، وقد يتم ذلك بصورة غير مباشرة كالقواعد التى تنظم اختصاص المحاكم ، فهى وإن كانت تبدو أنها قواعد " تقريرية " إلا أنها فى الحقيقة قواعد " تقويمية " ، حيث تهدف إلى ضرورة مراعاة الأفراد لهذا التنظيم [١٠] .

١٤ - ثالثا : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء توقعه السلطة العامة :

١٥ - ضرورة الجزاء : الأصل أن يطبق الأفراد القاعدة القانونية عن اختيار واقتناع لما تحققه من حماية ، سواء للشخص المخاطب بها نفسه ، كقواعد المرور المتعلقة بحماية المشاة أو قائدى السيارات ، أو لحماية مصلحة المجتمع بوجه عام ، كالقواعد المتعلقة بمنع الاعتداء على الآخرين سواء فى أموالهم أو أنفسهم .

---

[١٠] نعمان جمعة ، السابق ، ص ٤٣ .

وإذا كان الامتثال للقاعدة القانونية اختيارا هو ما يجب أن يكون ، إلا أن الواقع ليس هكذا دائما ، حيث أن احترامها لا يستقر فى نفوس البعض إلا إذا علم أن مخالفته لها سوف تعرضه لتوقيع جزاء عليه ، ولذلك تبدو أهمية وضرورة اقتران القاعدة القانونية بالجزاء ، وهو ما يعنى أن مجرد الإلزام الأخلاقى أو الأدبى غير كاف لضمان احترام القاعدة القانونية ، وإنما يجب أن تتمتع بالإلزام القانونى ، وهو ما يحققه اقترانها بالجزاء .

ويترتب على ضرورة اقتران القاعدة القانونية بجزاء ، أنها لابد أن تكون ملزمة ، وصفة الإلزام تأتى من أن السلطة العامة هى التى توقع الجزاء على من يخالفها ، والحكمة من جعل القاعدة القانونية ملزمة يكمن فى أنها إنما وضعت لتنظيم عيش الأفراد فى المجتمع ، ولا يتسنى لها ذلك إلا بإرغامهم على احترامها ، إذ لا يكفى أن يترك ذلك لمحض إرادتهم [١١] .

وإلزام القاعدة القانونية المترتب على اقترانها بجزاء ، ليس هو ما يميزها فحسب ، وإنما كون هذا الإلزام يأتى من طريق السلطة العامة التى تكفل احترام القاعدة القانونية بأن تتولى بنفسها توقيع الجزاء على المخالف [١٢] .

---

[١١] عبد الفتاح عبد الباقى ، السابق ، ص ٢٣ .

[١٢] المرجع السابق ، ص ٢٤ . وجاء فيه (هامش ص ٢٥) إلى أن صفة الإلزام فى القاعدة القانونية ، تضرب بجذورها إلى الأساطير الأوربية القديمة التى تصور العدالة فى شكل إلهة العدل Themis ، ممسكة بإحدى يديها ميزانا ، لتزن به تصرفات البشر ، وممسكة باليد الأخرى سيفا لتضرب به من خفت موازينه . وكما يشير سيادته فى ذات الموضع إلى تعليق العلامة Ihring على تلك الأسطورة بقوله : " السيف بلا ميزان قوة غاشمة ، والميزان بلا سيف عدل ضعيف عاجز ، فالميزان والسيف قرينان لابد من أن يسيرا جنبا إلى جنب . إذ لا

فالسلطة العامة هى التى تتولى توقيع الجزاء ، فلا يجوز للأفراد ، القيام بذلك ، من حيث الأصل ، وإن كانت هناك بعض الحالات التى يجوز فيها للشخص أن يقيم العدالة لنفسه ليحمى الحقوق التى تخولها له القاعدة القانونية ، كحالة الدفاع الشرعى (١٣) .

١٦ - مكانة الجزاء من القاعدة القانونية :

إذا كان اقتران القاعدة القانونية بجزاء ضرورة لا جدال فيها ، فإن التساؤل يثور عن مكانته بالنسبة لها ومدى اعتباره ركنا فيها ، وبعبارة أخرى هل ضرورة الجزاء فى القاعدة القانونية تتعلق بها عند نشوئها ، فيكون ركنا لازما لقيامها ، أم عند مخالفتها فيكون مجرد وصف خارجى لها ؟

اختلف الرأى فى الإجابة عن هذا التساؤل ، حيث انقسم الفقه إلى رأيين :

الرأى الأول - الجزاء مجرد وصف خارجى وليس ركنا داخلا فى تكوين القاعدة القانونية (١٤) : ويقرر هذا الرأى أنه لا يشترط لقيام القاعدة القانونية أن تقترن بوجود جزاء ، بل يكفى شعور الأفراد بضرورة القاعدة وأهميتها لتحقيق مصلحة المجتمع .

-يمكن أن تتحقق العدالة الكاملة إلا إذا أمكننا أن نضرب السيف بقوة تعادلها المهارة التى نزن بها أمور الناس بالقسط .

(١٣) حسام الدين كامل الأهوانى ، أصول القانون ، ١٩٨٨ ، ص ١٧ .

(١٤) أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القاعدة القانونية (الكتاب الأول) ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٥٨ .

ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج هى [(١٥)] :

١ – عدم ملاءمة ربط القانون بالسلطة العامة ، حتى لا تستأثر به وتتعسف فى وضع قواعد جائرة تثبت لها صفة القواعد القانونية ، وتضع لها جزاء تتولى توقيعه .

٢ – اقتراب القواعد القانونية من قواعد الأخلاق إلى حد كبير ، وهو ما يصعب معه التمييز بينهما ، وترجع هذه الحجة إلى أن القائلين بهذا الرأى هم أنصار القانون الطبيعى [(١٦)] .

٣ – وجود أكثر من فرع من فروع القانون العام تفتقد إلى جزاء ، ومع ذلك لم ينكر أحد عليها وصف القواعد القانونية ، وهى قواعد القانون الدستورى وقواعد القانون الدولى العام .

الرأى الثانى – القاعدة القانونية ركن جوهرى فى القاعدة القانونية : وهو الرأى الراجح فى الفقه المصرى [(١٧)] ، حيث يذهب إلى أن خلو القاعدة

---

(١٥) انظر فى عرض هذه الحجج : سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ط ٦ ، ١٩٨٧ ، ص ٢١ هامش ٣٠ ، نزيه المهدى ، ص ٣٢ وما بعدها .

(١٦) وهذه المدرسة تذهب إلى أن القانون موجود فى الطبيعة ، وأن العقل هو الذى يكتشف قواعده ، وأن دور الدولة حين تضع القاعدة القانونية لا يتعدى تقرير قواعد موجودة سلفا ، ولا تكون فى حاجة لوضع جزاء لها ، لأنه مجرد عنصر إضافى لزيادة قيمتها وليس لوجودها . انظر : عبد الرشيد مأمون ، هامش رقم ٢ ص ٣١ .

(١٧) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٣ ، سليمان مرقس ، ص ٢٠ وما بعدها ، جميل الشرقاوى ، ص ٢١ ، محمود جمال الدين زكى ، ص ١٥ ، البدراوى ، ص ٢٣ ، حسن كيرة ، ص

القانونية من الجزاء يفقدها كيانها وبنائها ، ويجردها من مضمونها القانونى ، ويجعلها عرضة لأهواء الأفراد ، إن شاءوا اتبعوها واحترموها ، وإن شاءوا أهملوها وأهدروها .

ويفند هذا الرأى الحجج التى قال بها الرأى الأول كما يلى :

١ – بالنسبة لعدم ضرورة الجزاء كركن فى القاعدة القانونية خشية تعسف السلطة العامة فى توقيعه ، فإنه لا محل لهذه الخشية لأن الدستور يرسم للسلطة العامة حدودها ويجبرها على احترام القانون والخضوع له طبقا لمبدأ سيادة القانون (١٨) .

٢ – بالنسبة لرغبة أنصار الرأى الأول فى تقريب القاعدة القانونية من القاعدة الأخلاقية ، فقد أغفلوا أن القاعدة القانونية هى قاعدة أخلاقية فى ذات الوقت ، وأنها تتمتع ، فى ذات الوقت ، بجزاء قانونى وخلقى ، وأن هذا الأخير غير كاف لحمل الناس على اتباع تلك القاعدة بشكل يتحقق معه النظام المنشود ، فاقتضت الحاجة إلى تحقيق هذا النظام ، أن يعزز القانون القاعدة الخلقية بوضع جزاء قانونى لها إلى جانب الجزاء الخلقى (١٩) .

=٣٨ وما بعدها ، العطار ، ص ٨٠ ، نزيه المهدى ، ص ٣٣ ، عبد الرشيد مأمون ، ص ٣٢ ، الأهوانى ، ص ١٨ ، جلال إبراهيم ، ص ٣٠ .

(١٨) نزيه المهدى ، ص ٣٣ .

(١٩) سليمان مرقس ، ص ٢٣ .

٣ – أما بالنسبة لعدم وجود جزاء فى بعض فروع القانون التى لم ينكر عليها أحد وصف القواعد القانونية ، كقواعد القانون الدستورى وقواعد القانون الدولى العام ، فيرد عليه بأن كلا منهما يتوافر فيه الجزاء بصورة متعددة .

فالجزاء فى القانون الدستورى قد يكون حل مجلس الشعب إذا خالفت السلطة التشريعية واجباتها ، وقد يكون سحب الثقة من الحكومة إذا لم تلتزم بالقانون ، وهى جزاءات قوية للغاية .

أما الجزاء فى القانون الدولى العام ، فيأخذ صور تتلاءم مع طبيعة العلاقات التى ينظمها القانون ، وهى العلاقات بين الدول ، فهناك العقوبات الاقتصادية ، وقطع العلاقات السياسية والدبلوماسية ، وهناك أخيرا الحرب المشروعة [٢٠] .

١٧ – تعريف الجزاء وتطوره :

الجزاء هو " الأثر الذى يترتب ، وفقا للقانون ، على مخالفة القاعدة القانونية " [٢١] ، أو هو " ذلك الأثر الرادع الذى تقوم السلطة العامة بتوقيعه على من يخالف القاعدة القانونية " [٢٢] . وقد مر بتطور كبير باختلاف المجتمعات والعصور .

ففى المجتمعات البدائية ، وفيما يتعلق بالاعتداء أو القتل ، كان الشخص يقوم بتوقيع الجزاء بنفسه ، كالسماح لأهل المقتول بقتل القاتل ، وهو الأخذ بالثأر

---

[٢٠] الأهوانى ، ص ٢٠ وما بعدها .

[٢١] سليمان مرقس ، ص ١٧ .

[٢٢] عبد الرشيد مأمون ، ص ٢٢ .

، وإن كان يلزم فى هذا الجزاء ، فى جميع الأحوال أن يكون مشروعا بأن يكون محل إقرار ورضى من الجماعة [٢٣] ، لأنهم كانوا يعتبرون حق الانتقام رد فعل طبيعى للاعتداء ، وجزاء قانونيا رادعا من شأنه أن يحمل الناس على احترام القاعدة القانونية التى تنهى عن القتل والاعتداء [٢٤] .

ثم تطور الحق فى الانتقام إلى الحق فى الدية والحق فى التعويض [٢٥] ،

أما فيما يتعلق بالمسائل المدنية ، فقد كان يسمح للدائن ببيع المدين المماطل كرقيق أو حبسه أو استرقاقه حتى يقوم بسداد ما عليه من دين .

وبتطور المجتمعات الحديثة ، حلت الدولة محل الأفراد فى توقيع الجزاء ، وذلك بوصفها السلطة العليا الممثلة للمجتمع ، حيث لم يعد جائزا لشخص أن يقتص لنفسه إلا فى الحالات الاستثنائية التى نص عليها القانون ذاته ، وبالوسيلة والكيفية التى يحددها ، ومن أمثلة ذلك حالة الدفاع الشرعى ، والحق فى الحبس ، والدفع بعدم التنفيذ .

١٨ - صور الجزاء :

تتعدد صور الجزاء وتختلف بحسب نوع القاعدة القانونية التى وقعت مخالفتها ، فهو قد يكون مدنيا أو جنائيا أو تأديبيا .

---

[٢٣] نعمان جمعة ، ص ٤٨ .

[٢٤] سليمان مرقس ، ص ١٨ وما بعدها .

[٢٥] سليمان مرقس ، ص ١٩ .

١٩ - أولا - الجزاء المدنى :

وهو الجزاء الذى يتقرر عند الاعتداء على أحد الحقوق الخاصة للأفراد ، وله عدة صور :

١ - التنفيذ المباشر (التنفيذ العينى) :

وهو إلزام المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه القانونى بتنفيذ عين ما التزم ، وإجباره على الوفاء به ، ولذلك يعرف هذا الجزاء بالتنفيذ المباشر أو التنفيذ العينى .

ومن أمثلة ذلك إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى الذى قام بأداء ثمن المبيع ، وكذلك إلزام المستأجر الذى يرفض إخلاء العين المؤجرة ، عند انتهاء مدة الإيجار ، وذلك باللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بطرده بالقوة الجبرية .

٢ - التنفيذ غير المباشر (التعويض) :

يلجأ الدائن إلى هذه الصورة من صور الجزاء إذا كان التنفيذ المباشر مستحيلا ، أو على الأقل مرهقا للمدين ، كأن يكون محل الالتزام الأصلى عملا شخصيا يجب أن يقوم به بنفسه ، فلا يتصور فى هذه الحالة إجباره على القيام بهذا العمل ، ومن أمثلة ذلك المحامى الذى يلتزم بالترافع فى دعوى قضائية ، ثم يمتنع عن حضور الجلسات لا يمكن إلزامه بالحضور ، لما فى ذلك من اعتداء على حريته الشخصية ، والفنان الذى يتعهد بإحياء حفل ثم يمتنع عن الحضور لا يجوز إجباره على ذلك ، لذات العلة ، ففى مثل هذه الحالات ننتقل من التنفيذ المباشر أو العينى إلى التنفيذ غير المباشر ، أو بمقابل أى بطريق التعويض .

والتعويض قد يكون هو الجزاء الأصلى المباشر ، وقد يكون مجرد جزاء تكميلى .

فيكون جزاء أصليا مباشرا كما هو الحال عند التزام قائد السيارة المسئول بتعويض الغير المضرور عما ألحقه به من أضرار فى نفسه أو فى ماله نتيجة الحادث الذى ارتكبه .

وقد يكون جزاء تكميليا إلى جانب جزاء آخر أصلى ، كإلزام مغتصب أرض الغير بردها إليه – وهذا هو الجزاء الأصلى – فضلاً عن تعويضه – وهو الجزاء التكميلى – عن حرمانه من أرضه طوال مدة اغتصابه لحيازتها .

٣ – البطلان :

يترتب جزاء البطلان إذا شاب التصرف القانونى عيب يجعله غير صالح لإنتاج آثاره القانونية [٢٦] ، ويعيد الأطراف إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، وهو ما يعرف بالأثر الرجعى للبطلان .

وهو يقتصر على حالة وجود عيب فى أحد أركان العقد لحظة تكوينه ، دون ما يطرأ عليه من إخلال لاحق بعد انعقاده صحيحا ، حيث لا يكون حكم العقد هو البطلان ، وإنما تترتب جزاءات أخرى ، كما سنرى ، ومثالها الفسخ [٢٧] .

---

[٢٦] جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٤ .

[٢٧] نزيه المهدى ، ص ٤٣ وما بعدها ، عبد الرشيد مأمون ، ص ٢٥ .

وينقسم البطلان إلى نوعين هما البطلان المطلق والبطلان النسبى حسب جسامة العيب الذى لحق بالتصرف القانونى .

(أ) البطلان المطلق :

ويقع هذا النوع من البطلان عندما يلحق بالتصرف عيب فى أحد أركانه وهى الرضا والمحل والسبب ، وكذلك الشكلية بالنسبة للعقود التى يلزم توافر شكل قانونى معين لها ، كاشتراط تحرير عقد الرهن أو عقد الهبة فى محرر رسمى ، بأن يتم بمعرفة موظف رسمى هو الموثق . فإذا تخلف أحد هذه الأركان كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، ويترتب على ذلك اعتباره كأن لم يكن ، فلا ينتج أى أثر من آثاره ، ويعود أطراف التصرف إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرامه ، ويسترد كل منهما ما سلم للطرف الآخر ، ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد .

والتصرف الباطل بطلانا مطلقا ، لا ينقلب صحيحا بنزول طرفيه عن التمسك بالبطلان ، كما لا ينقلب صحيحا مهما انقضى عليه من زمن . ولذلك فالبطلان المطلق لا يقبل الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم [٢٨] .

---

[٢٨] وقد قضى بأنه " وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما ، فلا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وإنما تتقادم الدعوى به ، فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة ، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع ، والدفوع لا تتقادم " نقض مدنى ١١ أبريل ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٨ ، ص ٤٠٤ .

(ب) البطلان النسبى أو القابلية للإبطال :

وهذا الجزاء أقل جسامة من سابقه ، إذ لا يلحق العيب هنا أحد أركان التصرف ، وإنما شروط صحته ، ويكون ذلك حين يتعلق بأحد عيوب الإرادة وهى الغلط والتدليس والاستغلال والإكراه ، أو نقص فى أهلية أحد المتعاقدين .

وهو بطلان نسبى لأنه مقرر لمصلحة أحد الطرفين دون الآخر ، حيث لا يستطيع التمسك به إلا الطرف الذى شاب إرادته أحد هذه العيوب ، ولا يستطيع الطرف الآخر ذلك ، كما لا تملك المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٤ – الفسخ :

يترتب هذا الجزاء حين يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فى عقد ملزم للجانبين ، حيث يكون للطرف الآخر أن يلجا إلى القضاء طالبا فسخ العقد بسبب هذا الإخلال فى تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد ، فيقضى القاضى بالفسخ .

وبهذا التحديد يختلف الفسخ عن البطلان ، فالفسخ يرد على عقد أبرم صحيحا ثم لحقه عيب تال على انعقاده ، تمثل فى إخلال أحد أطرافه بتنفيذ التزاماته العقدية ، أما البطلان فإنه يترتب – كما سبق القول – على عيب لحق التصرف القانونى منذ لحظة إبرامه ، أى عيب معاصر لإنشاء التصرف ،

وبالتالى فإن الفسخ جزاء يؤدى إلى انقضاء تصرف قانونى نشأ صحيحا ، بعكس البطلان الذى يمنع ترتب آثار التصرف الذى نشأ معيبا منذ لحظة إبرامه [٢٩] .

ويترتب على اختلاف الأساس بين الفسخ والبطلان اختلاف أثر كل منهما على التصرف القانونى ، ففى حين أن البطلان يؤدى إلى عدم ترتيب أى أثر من آثار التصرف القانونى الباطل منذ لحظة إبرامه ، وإلى عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، فإن الحال يختلف فى حالة الفسخ ، حيث يلزم أن نميز بين فسخ العقود المستمرة ، وفسخ العقود الفورية .

ففى حالة فسخ العقد الفورى كعقد البيع الذى يبرم وينفذ فى لحظة مثل بيع شئ معين بالذات ، فإن فسخ العقد يؤدى إلى عدم ترتيب أى أثر من آثاره ، فيسترد البائع المبيع ، ويسترد المشترى ما دفعه من ثمن [٣٠] .

أما فى حالة فسخ العقد المستمر كعقد الإيجار ، فليس للفسخ أثر رجعى ، ولذلك لا تترتب آثاره بالنسبة للفترة السابقة على الحكم به ، حيث أنه نشأ صحيحا ، ففى عقد الإيجار الذى أبرم لمدة سنتين ، إذا التزم المستأجر بسداد الأجرة مدة سنة ، ثم توقف عن ذلك فيما بعد ، وقام المؤجر برفع دعوى إلى القضاء مطالبا بفسخ العقد ، فإن آثار الفسخ لا تنصرف إلى الفترة السابقة عليه ،

---

[٢٩] جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ، ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، ، ١٩٨١ ، ص ٢١٨ ، نزيه المهدى ، ص ٤٥ ، عبد الرشيد مأمون ، ص ٤٧ .

[٣٠] وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ، أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ، ويعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه من قبل ، وبالتالى فإنه يترتب على القضاء بفسخ البيع أن تعود العين المبيعة إلى المطعون عليه – البائع – وأن يرد الأخير ما قبضه من ثمن " .

فيظل العقد صحيحا فيها ، وإنما تقتصر على الفترة المتبقية من مدة العقد ، وهى السنة الثانية للعقد .

٥ – عدم النفاذ :

ويعنى هذا الجزاء أن التصرف القانونى ، على الرغم من أنه يكون صحيحا ، إلا أنه لا ينتج آثاره إلا بين أطرافه ، ولا يعتد به فى مواجهة الغير ، وذلك بسبب مخالفة القانون .

ويكون ذلك حين يشترط القانون ضرورة استيفاء إجراء معين من الإجراءات حتى يصبح التصرف ساريا فى مواجهة الغير الذى قد تتأثر مصلحته بمثل هذا التصرف ، ويستطيع حماية هذه المصلحة ، ولذلك يشترط القانون فى بعض التصرفات القانونية ضرورة إعلام الغير بها ، فإذا أبرم الأطراف التصرف القانونى دون مراعاة هذا الإجراء ، فإن التصرف يكون صحيحا ومنتجا آثاره فيما بينهم ، إلا أنه لا يكون كذلك بالنسبة للغير ، حيث لا يكون نافذا فى مواجهته .

ومن الأمثلة على عدم نفاذ التصرف القانونى ، حالة عدم نفاذ الرهن الرسمى غير المقيد فى الشهر العقارى فى مواجهة الغير ، حيث يشترط القانون قيد الرهن الرسمى على العقار فى سجلات الشهر العقارى حتى يكون نافذا فى مواجهة الغير ، فإذا أعطى المدين للدائن رهنا رسميا على عقار مملوك له – أى للمدين – دون أن يقوم بقيد الرهن ، ثم قام المدين الراهن ببيع هذا العقار إلى مشترى قام بتسجيل عقد البيع فى الشهر العقارى ، فإن حق الرهن لا يكون نافذا

فى مواجهته ، ولا يكون أمام الدائن المرتهن سوى أن يرجع على المدين بالطرق العادية لأن الدين صحيح بينهما [٣١] .

ويختلف عدم نفاذ التصرف القانونى فى مواجهة الغيرعن البطلان ، فى أن هذا الأخير يترتب عليه عدم قيام التصرف مطلقا سواء بالنسبة لأطرافه ، أو بالنسبة للغير ، فى حين أنه فى حالة عدم النفاذ يظل العقد صحيحا بين طرفيه ومنتجا لآثاره ، غير أنه لا يكون نافذا فى مواجهة الغير .

٢٠ – ثانيا – الجزاء الجنائى :

وهو العقوبة التى توقع عند مخالفة أحكام قانون العقوبات ، أى عند ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها فيه .

ويعد هذا النوع أشد أنواع الجزاءات قسوة ، ويرجع ذلك إلى أهمية المصلحة التى يهدف المشرع إلى حمايتها ، وهى المصلحة العامة ، وهو ما يقتضى وضع عقوبات صارمة لضمان حمايتها .

وعلى ذلك يختلف أساس الجزاء فى القانون الجنائى عنه فى القانون المدنى ، فهذا الأخير يهدف إلى حماية المصالح الخاصة للأفراد من الاعتداء

---

[٣١] نزيه المهدى ، ص ٤٦ وما بعدها . ومن الأمثلة أيضا على عدم نفاذ التصرف القانونى ، حالة حوالة الحق ، حيث يشترط القانون ضرورة قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها ، حتى تكون نافذة فى مواجهته ، ويصبح ملتزما بالوفاء فى مواجهة المحال له – الدائن الجديد – بدلا من المحيل – الدائن القديم – ، فإذا لم يقبل المدين هذه الحوالة أو لم يعلن بها ، فإنها لا تكون نافذة فى مواجهته ، ولا يكون مسئولا إذا أوفى بدينه إلى الدائن المحيل ، وذلك على الرغم من أن الحوالة قد وقعت صحيحة بين أطرافها . راجع : عبد الرشيد مأمون ، ص ٢٨ وما بعدها .

عليها عن طريق إزالة هذا الاعتداء ، وجبر الضرر المترتب عليه . أما أساس الجزاء فى القانون الجنائى ، فيتمثل فى حماية النظام الاجتماعى بوجه عام ، ولذلك تنحصر سلطة توقيع هذا الجزاء فى يد الدولة ، لأن توقيع العقوبة حق للمجتمع وليس حقا خاصا بالمجنى عليه الذى لا يملك توقيع الجزاء ، أو حتى التنازل عن توقيعه ، وحتى فى تلك الأحوال التى يجوز له فيها التنازل عن حقه الخاص فى التعويض (٣٢) ، فإن ذلك لا يؤدى إلى انقضاء العقوبة الجنائية .

وتتنوع العقوبات بحسب اختلاف جسامة الجريمة المرتكبة ، فتكون أكثر جسامة بالنسبة لجرائم الجنايات ، وأقل جسامة بالنسبة لجرائم الجنح ، وتكون يسيرة إلى حد ما بالنسبة لجرائم المخالفات .

وتتمثل العقوبات المقررة للجنايات ، فى الإعدام ، والأشغال الشاقة المؤبدة ، والأشغال الشاقة المؤقتة ، والسجن . أما الجنح فيعاقب على ارتكابها بالحبس ، والغرامة التى يزيد حدها الأقصى على مائة جنيه . وأخيرا بالنسبة للمخالفات ، فإنه يعاقب على ارتكابها بالغرامة التى لا يزيد حدها الأقصى على مائة جنيه .

كما تتنوع العقوبات كذلك بحسب محلها ، فقد تقع على جسم الجانى كالإعدام ، وقد يكون محلها سلب حريته كالأشغال الشاقة والسجن والحبس ، وقد

---

(٣٢) ويحدث ذلك فى بعض الأحوال التى يمثل فيها الاعتداء مساسا بحق خاص لشخص المجنى عليه ، جريمة جنائية فى ذات الوقت ، ومثال ذلك ، جريمة السرقة ، حيث يتقرر لها جزاء جنائى ، وهو حق المجتمع ، إلى جانب الجزاء المدنى ، وهو حق المجنى عليه فى استرداد أمواله أو التعويض عنها ، فله – أى للمجنى عليه – أن يتنازل عن حقه فى التعويض ، لكنه لا يملك التنازل عن العقوبة الجنائية المقررة للسرقة لأنها حق للمجتمع .

تنصب على مجرد تقييد حريته كالوضع تحت مراقبة الشرطة ، وأخيرا قد تقع على أمواله متمثلة فى الغرامة والمصادرة .

٢١ - ثالثا - الجزاء الإدارى :

يقصد بالجزاء الإدارى ذلك الجزاء الذى يوقع على موظفى الدولة والعاملين بها عند مخالفتهم للقواعد القانونية الإدارية المنظمة لسير العمل الإدارى .

فالقانون يفرض على الموظفين والعاملين بالدولة واجبات معينة ضمانا لأداء الخدمة المقصودة من العمل الحكومى ، ويفرض جزاءات معينة على الإخلال بهذه الواجبات .

ومن أمثلة الجزاء الإدارى الإنذار أو توجيه اللوم أو الحرمان من العلاوة أو الفصل من الخدمة .

المبحث الثانى
تمييز القاعدة القانونية عن غيرها
من القواعد الاجتماعية الأخرى

٢٢ – تمهيد :

تتسم القاعدة القانونية – كما سبق القول – بأنها قاعدة اجتماعية تنظم السلوك الخارجي للأفراد فى المجتمع ، وإلى جانبها توجد قواعد اجتماعية أخرى تحكم السلوك الإنسانى وتنظمه ، أهمها قواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات الاجتماعية .

وتقترب هذه القواعد من القاعدة القانونية من بعض الجوانب ، وتتميز عنها من جوانب أخرى ، لذلك يتعين التمييز بين القاعدة القانونية وهذه القواعد الاجتماعية الأخرى ، لتعيين الحدود الفاصلة بينها .

٢٣ – أولا – القاعدة القانونية وقواعد الدين :

يقصد بالدين مجموعة القواعد والأحكام التى أوحى الله تعالى بها إلى رسله لدعوة الناس إلى الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر .

ويختلف الدين عن القانون من عدة نواح :

فمن حيث المصدر : يتميز الدين بأنه ذو مصدر إلهى متصف بالكمال ، ولذلك فإن غاية الدين مثالية هى تحقيق خير الإنسان فى الدنيا والآخرة ، أما مصدر القانون فبشرى وضعى متصف بالقصور والنقصان ، غايته نفعية هى مجرد تحقيق نفعه ومصلحته فى الدنيا .

ومن حيث النطاق : فإن نطاق الدين أوسع لأنه يشمل تنظيم سلوك الإنسان مع ربه سبحانه وتعالى من حيث إفراده بالاعتقاد والعبادة ، وتنظيم سلوك الإنسان مع غيره من أفراد المجتمع ، كما ينظم علاقة الإنسان مع نفسه . أما القانون فلا يعنى سوى بتنظيم علاقة الإنسان بغيره من أفراد المجتمع ، فلا يهتم بعلاقة الإنسان بربه سبحانه ، أو علاقته بنفسه .

ولذلك بينما يهتم الدين بالنية ، فينهى الإنسان عن الآفات الباطنة فى نفسه كالشرك والنفاق والرياء والحقد والحسد ، نجد أن القانون لا يهتم من حيث الأصل إلا بالسلوك الخارجى للإنسان ، ولا يأخذ فى اعتباره النوايا والمقاصد إلا فى بعض الأحوال .

وأخيرا من حيث الجزاء : يختلف الدين عن القانون من حيث الجزاء ، فتوقيع الجزاء فى القانون يتم فى الحال ، فهو جزاء دنيوى ، أما الجزاء فى الدين ، فهو مزدوج ، فهناك الجزاء الدنيوى المتمثل فى الحدود والعقوبات التى أمر بها الله تعالى أن توقع فى الحياة الدنيا ، مثل قطع يد السارق وجلد شارب الخمر وجلد قاذف المحصنات ورجم الزانى المحصن ، وهناك الجزاء الأخروى ، وهو ما يوضح أن الإسلام ليس عبادات وشعائر فقط ، وإنما هو أيضا ، وفى ذات الوقت ، أحكام وشرائع ، أنزله الله تعالى منظما لحياة الناس وأمرهم بتطبيق أحكامه .

ويلاحظ أن القاعدة الدينية قد تكون قاعدة قانونية فى ذات الوقت ، من ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تحكم المسائل المتعلقة بالأسرة ، وهى ما تعرف بمسائل الأحوال الشخصية ، من زواج وطلاق وغيرها ، وتجدر الإشارة إلى هذه الأحكام حين تطبق فإنها لا تطبق بوصفها قاعدة دينية فحسب ،

وإنما بوصفها قاعدة قانونية فى الأساس ، وذلك بتبنى المشرع الوضعى لها كقانون ملزم لأفراد المجتمع .

٢٤ – ثانيا – القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق [٣٣] :

يمكن تعريف قواعد الأخلاق بأنها مجموعة المثل العليا التى يعتقد بها أفراد مجتمع ما فى وقت ما ، متمثلة فى خصال الخير والتراحم والتعاون وعدم العدوان على حقوق الغير .

ولقواعد الأخلاق طابع نسبى إذ تختلف من مكان لآخر ، بل ومن وقت لآخر داخل ذات المجتمع .

وتختلف قواعد الأخلاق عن القانون من عدة نواح :

فمن ناحية ، تتميز الأخلاق عن القانون من حيث المصدر ، إذ القانون يجد مصدره فى العديد من المصادر الخاصة به كالتشريع والعرف ، أما الأخلاق فتستمد من قيم المجتمع وتقاليده والمعتقدات الراسخة لدى أفراده .

ومن ناحية ثانية ، تتميز الأخلاق بأنها أوسع نطاقا من القانون ، لأن القانون لا يهتم إلا بواجب الإنسان نحو الآخرين ، فى حين أن الأخلاق تهتم بواجب الإنسان نحو نفسه ونحو الآخرين ، فتحثه على فضائل الخصال كالصدق ، وتنهاه عن الرذائل كالكذب والخيانة وعدم الحقد ، كما أنها تهتم بنية المرء وتأمره بنقاء السريرة وصفاء الضمير .

---

[٣٣] راجع فى ذلك تفصيلا : السيد العربى حسن ، القانون والأخلاق والقيم ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .

ومن ناحية ثالثة ، تختلف الأخلاق عن القانون من حيث الغاية ، إذ الغاية منها مثالية ، حيث تهدف إلى البلوغ بالمجتمع إلى الصورة المثلى التى ينبغى أن يكون عليها ، أما القانون فغايته نفعية هى حفظ النظام فى المجتمع .

ومن ناحية أخيرة ، تختلف الأخلاق عن القانون من حيث الجزاء ، فالجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأخلاق جزاء معنوى لا يفرض تطبيقه بواسطة السلطة العامة ، يتمثل إما فى استنكار الفرد لما صدر عنه من سلوك مخالف للأخلاق ، أو استنكار المجتمع لهذا السلوك واحتقارها للمخالف ، أما الجزاء المترتب على مخالفة القانون فجزاء مادى تفرضه السلطة العامة .

مدى الصلة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق :

لا تعنى أوجه الاختلاف المتقدمة بين القانون والأخلاق أنهما لا يلتقيان ، وإنما على العكس من ذلك يمكن القول إن الأخلاق تعد الأساس للكثير من قواعد القانون ، من ذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وقاعدة ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية ، وقاعدة عدم التعسف فى استعمال الحق ، فهذه القواعد وغيرها فى الأصل قواعد أخلاقية خصها المشرع بنصوص قانونية فتحولت إلى قواعد قانونية .

كما أن القاعدة الأخلاقية التى لا يكون المشرع قد خصها بنص تشريعى ، لا يمكن للقاعدة القانونية مخالفتها ، وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا ، وذلك لما تمثله هذه القواعد الأخلاقية من قيم عليا راسخة فى ضمير المجتمع ، تعرف بالنظام العام والآداب ، وهو ما نصت عليه المادة ١٣٥ من التقنين المدنى

المصرى بقولها " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " .

٢٥ – ثالثا – القواعد القانونية وقواعد المجاملات :

تعرف قواعد المجاملات بأنها تلك السلوكيات الاجتماعية التى يتعارف عليها أفراد المجتمع فى خصوص بعض المناسبات ، وتعد وسيلة لدعم أواصر الترابط بين أفراد المجتمع ، كالتهنئة فى المناسبات السارة ، وتقديم العزاء فى الوفاة ، وتبادل الهدايا فى بعض المناسبات كالزواج والإنجاب .

ووجه الشبه بين هذه القواعد وبين القاعدة القانونية أنها تتعلق بالسلوك الخارجى للأفراد ، كما أنهم يعتبرونها ملزمة إلى حد كبير ، بحيث يستنكرون الخروج عليها ومخالفتها .

وتختلف قواعد المجاملات عن القاعدة القانونية من عدة نواح :

فمن حيث النطاق ، تعمل القاعدة القانونية فى نطاق حقوق الأفراد والتزاماتهم ، أما قواعد المجاملات فتعمل فى نطاق وضع معالم الحياة الاجتماعية المثالية فيما يخص علاقات أفراد المجتمع ببعضهم البعض .

ومن حيث الغاية ، نجد أن القاعدة القانونية تهدف إلى حفظ النظام فى المجتمع ، أما قواعد المجاملات فتهدف إلى دعم أواصر التعاون والمودة بين أفراد المجتمع .

وأخيرا ، من حيث الجزاء ، فبينما جزاء مخالفة القاعدة القانونية جزاء مادى ملموس توقعه السلطة العامة ، فإن جزاء مخالفة قواعد المجاملات جزاء معنوى ، يتمثل فى استهجان واستنكار أفراد المجتمع للمخالف .

ومما هو جدير بالذكر أن كثيرا من قواعد المجاملات التى تصل إلى قدر ما من الأهمية ، تتحول إلى قواعد قانونية ، من ذلك القواعد المتعلقة بترك المقاعد الأولى فى وسائل المواصلات لكبار السن والنساء ، حيث كانت من قبيل قواعد المجاملات ، ثم تحولت إلى قاعدة قانونية ملزمة ، ومن هذا القبيل تخصيص العربات الأولى فى مترو الأنفاق للسيدات حيث يعد مخالفة ذلك مخالفة لقاعدة قانونية ملزمة .

المبحث الثالث

نطاق القانون[٣٤]

٢٦ – تمهيد :

يختلف نطاق القانون ومدى الدور الذى يؤديه داخل المجتمع بحسب الفلسفة السائدة فى هذا الأخير ، فيتقلص هذا الدور ويضيق فى ظل فلسفة المذهب الفردى الذى يقدس مصلحة الفرد ويعتبرها الغاية التى يجب أن تعلو أى غاية أخرى ، فلا يتدخل القانون إلا فى أضيق الحدود ، وبالمقابل يتسع نطاق القانون وتزيد هيمنته فى المجتمعات التى يسودها المذهب الاشتراكى الذى يضع مصلحة الجماعة فوق كل اعتبار ، فيتدخل القانون على نطاق واسع من أجل تحقيق المصالح العليا للجماعة .

---

[٣٤] راجع فى ذلك تفصيلا : عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٣٧ وما بعدها ، نزيه المهدى ، ص ٦٤ وما بعدها ، عبد الرشيد مأمون ، ص ٣٣ وما بعدها ، سليمان مرقس ص ٣٢ وما بعدها ، محمد حسام محمود لطفى ، ص ٣٢ وما بعدها .

ولا تتم الفائدة من مناقشة هذه المسألة دون التطرق إلى حدود الدور الذى تلعبه الدولة فى ظل النظام الإسلامى ،

وسنعرض فيما يلى لكل من المذهبين ، من خلال دراسة أساس كل منهما ، ونتائج الأخذ به ، وموقف القانون المصرى منهما .

٢٧ – أولا – المذهب الفردى :

نشير ، فيما يلى ، بإيجاز ، إلى مضمون المذهب الفردى وأساسه ، ثم النتائج المترتبة على الأخذ به ، وأخيرا أهم ما يوجه إليه من انتقادات .

٢٨ – مضمون المذهب وأساسه :

يقوم المذهب الفردى على فكرة مؤداها أن المجتمع يوجد من أجل الفرد ، وليس العكس ، وأن سعادة الفرد هى الهدف الأسمى الذى يجب أن توجه القاعدة القانونية لتحقيقه ، فمصلحته أولى من مصلحة المجتمع ، وحقوقه مكفولة بصورة مطلقة ، يجب حمايتها والحفاظ عليها ، كحريته فى العقيدة والفكر ، وحريته فى ممارسة الحياة السياسية وفق قناعته الشخصية ، وحريته فى استغلال المال واستثماره بلا قيود .

٢٩ – نتائج الأخذ بالمذهب الفردى :

يترتب على الأخذ بالمذهب الفردى عدة نتائج تتمثل فيما يلى :

١ – تقديس حرية إرادة الأفراد ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة فى إبرام العقود . فإرادة الأفراد هى التى تنشئ الالتزامات ، وتحدد آثارها ، ومن ثم فما تنشئه الإرادة يعد قانونا لا يجوز الخروج عليه .

٢ – تقليص دور الدولة فى مواجهة الأفراد ، حيث يقتصر دورها ، فى ظل هذا المذهب ، على حماية وصيانة حريات الأفراد ، حتى يمارس كل فرد حقوقه وحريته بالمساواة مع الآخرين .

٣٠ – نقد المذهب الفردى :

على الرغم مما يبدو من مزايا يحققها المذهب الفردى ، وأهمها احترام إرادة الفرد ، إلا أن ذلك لا يحول دون توجيه بعض الانتقادات إليه ، تتمثل فيما يلى :

١ – يؤخذ على المذهب الفردى مبالغته فى إعلاء إرادة الفرد إلى الحد الذى أهدر فيه شأن المجتمع الذى هو الأساس ، حيث قدم مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع ، على الرغم من أن الفرد ليس سوى عضو فى هذا المجتمع .

فهذا المذهب نظر إلى المجتمع بوصفه مجموعة من الأفراد المنعزلين ، لكل منهم مصلحته الخاصة ، ولم يضع هذا المذهب فى اعتباره ضرورة خضوع المصالح الخاصة للأفراد إلى المصلحة العامة للمجتمع ، وليس العكس ، فالخطأ الذى وقعت فيه ، هو أنها اعتبرت أن مصلحة المجتمع هى مجموع المصالح الخاصة للأفراد .

٢ – كما يؤخذ عليه أيضا أنه حصر دور الدولة فى أضيق الحدود ، وذلك على الرغم من الدور المتزايد الذى تلعبه الدولة فى الوقت الراهن ، خاصة فى ظل التطور الاقتصادى الهائل الذى طرأ على المجتمع الحديث بما يستوجب ضرورة تدخل الدولة لضمان حسن إدارة وتوجيه المشروعات العملاقة ،

والحيلولة دون احتكار رؤوس الأموال الكبيرة للأسواق والسيطرة على الخدمات الأساسية للمجتمع .

٣١ - ثانيا - المذهب الاشتراكى :

نشير ، فيما يلى ، بإيجاز ، إلى مضمون المذهب الاشتراكى وأساسه ، ثم النتائج المترتبة على الأخذ به ، وأخيرا أهم ما يوجه إليه من انتقادات .

٣٢ - مضمون المذهب وأساسه :

يقوم هذا المذهب على أساس أن المجتمع هو الغاية من وجود القانون ، وأن الأفراد ليسوا سوى أعضاء فى هذا المجتمع ، تعلو مصلحته على مصالحهم الخاصة ، وتقدم سعادته على سعادة هؤلاء الأفراد .

وقد ظهر هذا المذهب فى منتصف القرن التاسع عشر الميلادى ، على أثر ظهور الثورة الصناعية ، وظهور طبقتين من أفراد المجتمع وهما أصحاب الأعمال والعمال ، وانتشار حوادث العمل ، فبدأ الفكر يتجه نحو حماية العمال فى مواجهة أصحاب الأعمال الذين أجبروهم على العمل بشروط مجحفة ، وكان ذلك عن طريق تغيير فلسفة المجتمع ، فبدلا من إعلاء مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع ، كما هو الحال فى المذهب الفردى ، أصبح نشاط الفرد خاضعا للقانون يوجهه إلى تحقيق مصلحة المجتمع .

فالفرد فى النظام الاشتراكى ليس غاية فى حد ذاتها ، وإنما هو وسيلة لتحقيق الهدف الأساسى وهو مصلحة المجتمع .

٣٣ – نتائج الأخذ بالمذهب الاشتراكى :

يترتب على الأخذ بالمذهب الاشتراكى عدة نتائج نجملها فيما يلى :

١ – تقليص الدور الذى تلعبه إرادة الأفراد فى مواجهة إرادة المجتمع ، فالمصلحة العامة للمجتمع ، هى التى توجه نشاط الأفراد .

٢ – اتساع نشاط الدولة ، بحيث أصبحت تتدخل بصورة متزايدة فى كافة صور النشاط الاقتصادى فى المجتمع .

٣ – انتشار التأميم ، وقد تفاوتت النظم الاشتراكية فيما بينها فى مواجهة الملكية الفردية ، فمنها ما ذهب إلى حد إلغاء الملكية الفردية تماما ، ومنها ما أبقى عليها مع قيام سلطة الدولة فى إدارتها والإشراف عليها ، مع ترك الحرية للنشاط الفردى لإيجاد توازن بين المصلحتين العامة والخاصة .

٣٤ – نقد المذهب الاشتراكى :

على الرغم من المزايا التى يحققها المذهب الاشتراكى ، وعلى رأسها الحد من استغلال وسيطرة رأس المال الفردى ، إلا أنه يؤخذ عليه ما قد يؤدى إليه فى حالة المغالاة فى النظر إلى مصلحة المجتمع دون مصلحة الفرد ، عن طريق الحد من الملكية الفردية ، وتقليص الحوافز الخاصة ، وزيادة سيطرة الدولة على كافة أنشطة المجتمع ، أنه قد يؤدى إلى قتل روح الإبداع والابتكار لدى الأفراد ، مما يؤثر على النشاط الاقتصادى فى المجتمع ، وينعكس فى النهاية على مصلحة هذا الأخير، مما يؤدى إلى انهياره ، وهو ما قد حدث للمجتمعات الشيوعية التى انهارت فى مطلع التسعينيات من القرن العشرين ، حيث سقط الاتحاد السوفيتى ، ومن بعده كافة الأنظمة الاشتراكية فى أوربا

الشرقية . وقد كان هذا الانهيار نتيجة طبيعية لما ساد فى هذه المجتمعات من استبداد وتحكم من قبل الدولة ، وإهدار حقوق الإنسان المتعلقة بحريته الشخصية والعدالة الاجتماعية .

٣٥ – ثالثا – النظام الاقتصادى الإسلامى :

يتميز النظام الاقتصادى الإسلامى بثلاثة خصائص أساسية ، فمن ناحية يجمع بين الثبات والتطور ، ومن ناحية ثانية يجمع بين المصالح المادية والحاجات الروحية ، وأخيرا يتميز بالشمولية [٣٥] .

وأهم ما يميز النظام الاقتصادى الإسلامى ، هو قيامه على أساس قاعدة التوازن بين كفالة حرية الفرد فى ممارسة النشاط الاقتصادى ، وبين ضرورة تدخل الدولة فى توجيه النشاط الاقتصادى وتنظيمه وفقا لأصول الإسلام ومبادئه الاقتصادية .

وتنطلق نظرة الاقتصاد الإسلامى من أصول ثابتة ، أهمها أن المال مال الله والبشر مستخلفون فيه ، وتحقيق العدالة الاجتماعية ، واحترام الملكية الخاصة ، وأن الحرية الاقتصادية مقيدة بضوابط الشرع .

وتتحقق هذه الأصول الثابتة ، بواسطة أساليب وحلول اقتصادية ، فى ضوء ما يستجد من مشكلات فى المجتمع ، ومن هذه الأساليب تحديد مقدار مستوى المعيشة الملائم ، وتحديد إجراءات تحقيق عدالة التوزيع ، وبيان نطاق الملكية العامة ، ومدى تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى .

---

[٣٥] محمد شوقى الفنجرى ، المذهب الاقتصادى فى الإسلام ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٩٧ ، ص ٩٥ وما بعدها .

وعلى ذلك لا ينبغى لصق أى نظام اقتصادى آخر بالنظام الإسلامى ، فهو يتميز عن الاقتصادين السائدين ، الرأسمالى والاشتراكى ، بفلسفة مختلفة ، فهو من ناحية ، لا يقر الحرية المطلقة للفرد فى النشاط الاقتصادى ، ومن ناحية أخرى لا يسلم بحق الدولة المطلق فى التدخل فى النشاط الاقتصادى ، أو إلغاء الملكية الخاصة .

وإذا كان هناك توافق فى بعض الحلول الاقتصادية الإسلامية مع غيرها من الحلول الرأسمالية أو الاشتراكية ، فإنه توافق عارض وفى التفاصيل ، دون أن يكون فى ذلك مساس بالمنهج المتميز للاقتصاد الإسلامى .

ونضرب لذلك مثلا ، بالتضامن الاجتماعى فى الإسلام ، فقد يزعم البعض أنه يطابق العدالة الاجتماعية التى ينادى بها النظام الاشتراكى ، غير أن ذلك وهم لا ظل له من الحقيقة ؛ إذ يقوم هذا المبدأ فى الإسلام على أساس العقيدة ، التى تجعل المسلمين كالجسد الواحد ، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ، ولا شأن للإسلام بما تقرره نظم أخرى قد تقترب منه أو تبتعد عنه ، فلا الاشتراكية دائما عنوان للعدالة الاجتماعية ، ولا النظام الرأسمالى دائما مظهر للظلم الاجتماعى ، وإنما العدالة الاجتماعية مزيج من هذه المظاهر [٣٦] .

ويترتب على الأخذ بمنهج الإسلام فى التشريع ، من ناحية ، أن الفرد يتمتع بحقوقه وحرياته ، دون أن يتمكن من التعسف فى استعمال هذه الحقوق ،

---

[٣٦] محمد سعيد رمضان البوطى ، المذهب الاقتصادى بين الشيوعية والإسلام . تحليل علمى أمين لكل من المذهبين على حده ، المكتبة الأموية بدمشق ، ص ١١٠.

ودون أن يهدر مصالح المجتمع ، ومن ناحية أخرى يكفل مبدأ التوازن الذى يقوم عليه النظام الإسلامى ، المساواة بين الأفراد والحقوق والواجبات .

ونخلص مما سبق إلى أن نطاق التشريع الإسلامى ليس شديد الاتساع كما هو الحال فى النظام الاشتراكى ، كما أنه ليس شديد الضيق كما هو الحال فى المذهب الرأسمالى ، بل هو متوازن ، يحقق للأفراد مصالحهم الخاصة ، بما لا يخل بمصالح المجتمع [٣٧] .

---

[٣٧] حسن عبد الباسط جميعى ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ج١ ، نظرية القانون ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٧ .

الفصل الثانى

تقسيمات القانون

٣٦ - تقسيم :

للقواعد القانونية تقسيمان أساسيان ، الأول هو تقسيمها إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص (مبحث أول) ، والثانى هو تقسيمها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة (مبحث ثان).

المبحث الأول

قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

٣٧ - تعريف :

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها ، وتتعامل فيها بوصفها ذات سيادة وسلطة . فهو يشمل العديد من علاقات الدولة التى تتعامل فيها على هذا الأساس ، سواء مع الدول الأخرى أو مع الأفراد ، أو بين سلطات الدولة المختلفة فيما بينها .

بينما يقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا ، وليس بما لها من سلطة وسيادة .

٣٨ – تقسيم :

نتناول هذا المبحث من خلال دراسة أساس هذا التقسيم وأهميته (مطلب أول) وفروع القانون العام (مطلب ثان) ، وأخيرا فروع القانون الخاص (مطلب ثالث) .

المطلب الأول

أساس التفرقة وأهميتها

٣٩ – أولا : أساس تقسيم فروع القانون إلى قانون عام وقانون خاص :

على الرغم من استقرار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، إلا أن أساس هذه التفرقة ، ثار بشأنه جدل فى الفقه ، حيث طرحت عدة معايير ، أهمها :

١ – معيار طبيعة المصلحة التى تستهدفها القاعدة القانونية :

يذهب هذا الرأى إلى أن القانون العام هو الذى يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، بينما يهدف القانون الخاص إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأفراد .

ويعيب هذا الرأى أنه يؤدى إلى الخلط بين القانونين ، وجعلهما قانونا واحدا ، لأن القواعد القانونية تهدف فى النهاية إلى تحقيق المصلحة العامة ، عن طريق تنظيم العلاقات والمصالح الخاصة بين الأفراد .

٢ – معيار طبيعة القاعدة القانونية :

يرى البعض أن قواعد القانون الخاص هى القواعد المكملة التى يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أما قواعد القانون العام فهى القواعد الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه لا يتفق مع الواقع ، فهناك قواعد آمرة تنتمى للقانون الخاص ، كالقواعد التى تحدد سن الرشد أو تنظم علاقات العمل ، فهذه القواعد لا يجوز مخالفتها ، رغم أنها تدخل فى نطاق القانون الخاص .

٣ – معيار أطراف العلاقة القانونية :

يذهب هذا الرأى إلى أنه إذا تعلق الامر بعلاقة الأفراد بعضهم البعض ، كنا بصدد قانون خاص ، أما إذا كانت الدولة أو أحد فروعها طرفا فى علاقة مع الأفراد أو مع غيرها من الدول ، كنا بصدد قانون عام .

وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار ، إلا أنه لا يمكن الأخذ به بصورة كاملة ، حيث إن الدولة قد تدخل طرفا فى علاقة قانونية كأى فرد دون أن تظهر سلطتها فى هذه العلاقة ، وحينئذ تخضع العلاقة لقواعد القانون الخاص لا العام ، ومن ذلك تصرف الدولة فى أملاكها الخاصة لا العامة . ومن جهة أخرى ، قد تدخل الدولة فى العلاقة القانونية ممثلة للسلطة العامة ، وهنا تخضع هذه العلاقة لقواعد القانون العام .

ويجدر التنويه إلى أنه على الرغم من هذا المأخذ ، إلا أن هذا المعيار هو الراجح فقها ، لاتفاقه مع حقيقة القانون الوضعى .

٤٠ – ثانيا : أهمية تقسيم القواعد القانونية إلى قانون عام وقانون خاص :

يترتب على تقسيم القواعد القانونية إلى قانون عام وقانون خاص العديد من النتائج الهامة :

١ – القانون العام يمنح الدولة وفروعها سلطات وامتيازات لا يمنحها القانون الخاص للأفراد ، ومن أمثلة هذه السلطات حق الدولة فى نزع الملكية الخاصة لتحقيق منفعة عامة . ومن ذلك أيضا حق الإدارة فى التنفيذ المباشر ، أى فى اقتضاء حقها قبل الأفراد بما لها من سلطة عامة .

٢ – تخضع علاقة الدولة بموظفيها لقواعد خاصة تختلف عن تلك التى تخضع لها علاقة صاحب العمل بالعامل فى نطاق القانون الخاص .

٣ – تخضع مسئولية الدولة وفروعها ومسئولية الموظفين العموميين لقواعد تختلف عن تلك التى تنظم المسئولية فى نطاق القانون العام .

٤ – أموال الدولة العامة (وهى المخصصة لمنفعة عامة) تخضع لقواعد قانونية تختلف عن تلك التى تخضع لها الأموال الخاصة ، فلا يجوز التصرف فيها ، ولا الحجز عليها ، ولا تملكها بالتقادم . بينما يجوز كل ذلك بالنسبة للأموال الخاصة .

٥ – تتضمن العقود الإدارية شروطا استثنائية تخرج على قواعد الشريعة العامة ، ومن أمثلة ذلك حق الإدارة فى تعديل بنود العقد الإدارى ، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك . ومن ذلك أيضا حق الإدارة فى أن توقع على المتعاقد معها ، الجزاءات المنصوص عليها فى العقد ، دون الالتجاء إلى القضاء .

المطلب الثانى

فروع القانون العام

٤١ – ينقسم القانون العام إلى خمسة فروع هى :

١ – القانون الدولى العام :

يعرف القانون الدولى العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات بين الدول بعضها البعض ، أو بينها وبين المنظمات الدولية .

وهو ينظم علاقات الدول فيما بينها سواء فى وقت السلم أو فى وقت الحرب . ففى وقت السلم ينظم الطرق والأساليب الودية لفض المنازعات كالتحكيم والمفاوضات واللجوء إلى القضاء الدولى والتوفيق ، كما ينظم العلاقات الدبلوماسية فيما بين الدول بعضها البعض . أما فى وقت الحرب فهو يضع القواعد القانونية الواجب احترامها عند نشوب الحرب ، كمعاملة الأسرى ، وعدم التعرض لأهداف مدنية .

كما أن القانون الدولى العام ينظم العلاقات بين الدول وبين المنظمات الدولية ، كهيئة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية وغيرها من المنظمات الدولية .

٢ – القانون الدستورى :

ويعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، والعلاقة بين سلطات الدولة المختلفة ، وبين الأفراد وبين هذه السلطات .

ويعد القانون الدستورى أسمى تشريعات الدولة ، ولذلك لا يجوز لأى تشريع آخر أدنى منه أن يخالفه ، وإلا كان غير دستورى .

وتختلف دساتير الدول فيما بينها من عدة نواح ، فمن حيث سهولة تعديلها ، هناك دساتير جامدة يصعب تعديلها ، وهناك دساتير مرنة يسهل تعديلها . ومن حيث صورتها ، هناك دساتير مكتوبة ، وهى معظم دساتير العالم ، ودساتير عرفية كالدستور الانجليزى . ومن حيث طريقة وضعها ، هناك دساتير توضع كمنحة من الحاكم للشعب ، وهناك دساتير توضع بطريق العقد بين الحاكم والشعب ، وهناك دساتير توضع بواسطة جمعية تأسيسية تشكل لهذا الغرض .

وقد صدر الدستور المصرى بطريقة الاستفتاء بتاريخ ١١ سبتمبر ١٩٧١ .

٣ – القانون الإدارى :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم نشاط الإدارة من حيث الهيكل الإدارى لهيئات الإدارة ، ووسائل الإدارة فى مباشرتها لهذا النشاط ، وكيفية سير العمل الإدارى ، وكذلك كيفية الفصل فى المنازعات الإدارية ، والتى يختص بالفصل فيها القضاء الإدارى (مجلس الدولة) .

٤ – القانون المالى :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم نفقات الدولة وإيرادتها . فهو الذى يحدد المصادر التى تحصل منها الدولة على الأموال التى تنفقها على المرافق العامة وكيفية تحصيل هذه الأموال .

كما ينظم القانون المالى ميزانية الدولة ، أى النظام المالى الذى تلتزم الدولة بالسير عليه خلال السنة المالّية .

٥ – القانون الجنائى :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تحدد الأفعال التى تعتبر جرائم ، كما تحدد العقوبات المقررة لها (وهو الشق الموضوعى فى القانون الجنائى ويعرف بقانون العقوبات) ، وتبين كذلك الإجراءات التى تتبع فى تعقب الجانى ومحاكمته (وهو الشق الإجرائى فى القانون الجنائى ، ويعرف بقانون الإجراءات الجنائية) .

المطلب الثالث

فروع القانون الخاص

٤٢ – وأهم فروع القانون الخاص هى :

١– القانون المدنى :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات المالية الخاصة (سواء بين الأفراد بعضهم البعض ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا ، وليست صاحبة سلطة وسيادة) ، والتى لا تدخل فى تنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص .

وعلى ذلك فإن القانون المدنى يكون هو الشريعة العامة التى تحكم معاملات الأفراد ، أما فروع القانون الخاص الأخرى فتقتصر على تنظيم العلاقات الخاصة لبعض الطوائف ، كالقانون التجارى .

وعلى الرغم من أن القانون المدنى – كما قلنا – هو الشريعة العامة التى تحكم العلاقات الخاصة ، إلا أنه يقتصر على المعاملات المالية دون غيرها ، وهى ما تعرف بالأحوال العينية ، أما المعاملات الخاصة غير المالية ، وهى ما يعرف بالأحوال الشخصية ، فالأصل أن تحكمها الشريعة الإسلامية سواء بالنسبة للمسلمين أو لغير المسلمين ، وقد تحكمها بالنسبة لغير المسلمين شريعتهم إذا توافرت شروط معينة .

وقد صدر القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨ متضمنا بابا تمهيديا يتناول تطبيق القانون من حيث الزمان والمكان والأشخاص ، وبعد ذلك ينقسم إلى قسمين يشتملان على أربعة كتب ؛ (القسم الأول) خاص بالالتزامات

أو الحقوق الشخصية ويحتوى على كتابين ، أولهما لمصادر الالتزام وآثاره ، وثانيهما لأهم العقود المسماة . أما (القسم الثانى) فهو خاص بالحقوق العينية ، ويشتمل على كتابين ، كتاب ثالث للحقوق العينية الأصلية ، أما الكتاب الرابع فهو للحقوق العينية التبعية .

٢- القانون التجارى :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات المالية الخاصة بين التجار ، أو بمناسبة مباشرة عمل تجارى .

وقد دعت طبيعة المعاملات التجارية وما تقتضيه من سرعة وثقة فى التعامل إلى أن تحكمها قواعد خاصة تختلف عن قواعد القانون المدنى ، الأمر الذى ظهرت معه قواعد القانون التجارى لتضع تلك القواعد الخاصة .

ومن أهم الأمثلة على استجابة قواعد القانون التجارى لطبيعة المعاملات التجارية وما تقتضيه من سرعة ، مبدأ حرية الإثبات الذى يسوده ، إذ يجوز إثبات التصرف القانونى بشهادة الشهود أيا كانت قيمته ، بخلاف الإثبات فى القانون المدنى ، إذ لا يجوز إثبات التصرف القانونى بشهادة الشهود إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه ، إذ يتعين الإثبات بالكتابة فى هذه الحالة .

وقد صدر القانون التجارى المصرى سنة ١٨٨٣ ، واستمر قائما ومعمولا به حتى تم إلغاؤه ، فيما عدا الفصل الأول من الباب الثانى منه والخاص بشركات الأشخاص ، حيث حل محله قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

٣ - قانون العمل :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقة بين العامل ورب العمل بمناسبة وجود عقد عمل بينهما . .

وتهدف هذه القواعد إلى إيجاد توازن فى العلاقة بين طرفى عقد العمل ، سواء عن طريق وضع القواعد الكفيلة بحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف فى العقد (كوضع حد أدنى للأجر ، أو حد أقصى لساعات العمل) ، أو عن طريق وضع التزامات على عاتق العامل تؤدى إلى حسن سير العمل وعدم الإضرار برب العمل (كالالتزام بعدم المنافسة) .

وتخضع علاقات العمل لقانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ – الذى ألغى القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ – وهو يتكون من ٢٥٦ مادة ، وإضافة إلى ذلك ، ينظم القانون المدنى فى المواد من ٦٧٤ إلى ٦٩٨ بعض أحكام عقد العمل ، فضلا عن قوانين خاصة أخرى .

٤ – قانون المرافعات المدنية والتجارية :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم السلطة القضائية من حيث أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصاتها ، كما تنظم سير الخصومة القضائية أمام القضاء المدنى ، إضافة إلى تنظيم أحكام تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية وإشكالات التنفيذ والحجوز سواء كانت تنفيذية أو تحفظية .

والأصل أن قواعد قانون المرافعات قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، واستثناء من هذا الأصل يجوز الاتفاق على مخالفة بعض هذه القواعد ، كالاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلى للمحاكم .

وقد صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى سنة ١٩٦٨ ، وتم تعديله بعد ذلك بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

٥ – القانون الدولى الخاص :

وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات القانون الخاص ذات العنصر الأجنبى ، فيحدد القانون واجب التطبيق عليها ، والمحكمة المختصة بنظرها .

فمثلا إذا اشترى مصرى عقارا فى فرنسا من شخص إنجليزى وأبرم العقد فى إيطاليا ، فيثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق : هل هو قانون المشترى (القانون المصرى) أم قانون البائع (القانون الانجليزى) أم قانون موقع العقار (القانون الفرنسى) أم قانون مكان إبرام البيع (القانون الإيطالى) .

ففى هذا المثال يتولى القانون الدولى الخاص تحديد القانون واجب التطبيق ، والمحكمة المختصة .

ويضم القانون الدولى الخاص عدة موضوعات رئيسية هى : تنازع القوانين ، الجنسية ، مركز الأجانب .

وتجدر الإشارة إلى أنه ليست هناك مجموعة قانونية تسمى بالقانون الدولى الخاص ، حيث تتفرق قواعده بين عدة قوانين هى :

١ – القانون المدنى : وهو يتضمن قواعد تنازع القوانين والموطن .

٢ – قانون المرافعات المدنية والتجارية : ويتضمن قواعد تنازع الاختصاص القضائى .

٣ – قانون الجنسية المصرية .

٤ – بالنسبة لمركز الأجانب ، تنظمه عدة قوانين ، منها القوانين المنظمة لإقامة الأجانب .

ومن أمثلة الحلول التى وضعها القانون المدنى المصرى لمسائل تنازع القوانين : الشروط الموضوعية لصحة الزواج يطبق عليها قانون كل من الزوجين (م ١٢) . الطلاق يطبق عليه قانون الزوج وقت الطلاق ، أما التطليق والانفصال ، فيطبق عليهما قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (م ١٣ / ٢) . الوصية والميراث يطبق عليهما قانون الموصى أو المورث وقت الوفاة (م ١٧) .

المبحث الثانى

تقسيم القواعد القانونية

إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة

٤٣ – يقوم هذا التقسيم على أساس القوة الملزمة للقاعدة القانونية ، ومدى قدرة الأفراد على مخالفة حكمها .

فالقواعد الآمرة هى قواعد ملزمة ، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فإذا وقع مثل هذا الاتفاق كان باطلا .

ومن أمثلتها قواعد القانون الجنائى ، وقواعد القانون العام ، والقوانين المتعلقة بالضرائب ، وقواعد قوانين إيجار الأماكن ، والقواعد التى تحدد التسعيرة الجبرية لبعض السلع .

أما القواعد المكملة فهى قواعد غير ملزمة ، ويجوز اتفاق الأطراف على مخالفتها .

ومن أمثلتها القواعد التى تقضى بأن نفقات البيع ومصروفاته تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ٤٦٢ مدنى) ، والقاعدة التى تقضى باعتبار الأجرة إذا لم يتفق عليها الطرفان أجرة المثل (م ٥٦٢ مدنى) ، والقاعدة التى تقضى بأن مدة الإيجار هى المدة المحددة لدفع الأجرة ، إذا لم يتفق الطرفان على مدة العقد (٥٦٣ مدنى) .

٤٤ - هل تعد القواعد المكملة قواعد ملزمة ، رغم جواز اتفاق الأفراد على مخالفتها ؟

يثور التساؤل عن مدى اعتبار القاعدة القانونية المكملة قاعدة ملزمة ، ويرجع هذا التساؤل إلى جواز اتفاق الأفراد على مخالفتها .

والحقيقة أنها قواعد ملزمة كالقواعد الآمرة ، مع الاختلاف بينهما ، من حيث أن القواعد الآمرة يأتى إلزامها من ذاتها ، أما القواعد المكملة فيأتى إلزامها من عدم وجود اتفاق الأطراف على مخالفتها ، فإذا لم يتفق الأطراف على استبعاد حكم القاعدة المكملة كانت ملزمة لهم .

وعلى سبيل المثال القاعدة التى تقضى بأن نفقات ومصروفات البيع تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، قاعدة مكملة إذ يجوز اتفاق الأطراف على أن يتحمل البائع هذه النفقات والمصروفات ، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان حكم القاعدة ملزما للأطراف .

٤٥ - سبب وجود القواعد المكملة إلى جانب القواعد الآمرة :

يثور التساؤل أيضا عن سبب وجود القواعد المكملة إلى جانب القواعد الآمرة .

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول إنه إذا كان من الضرورى أن يلزم المشرع الأفراد بقواعد آمرة بالنسبة لأمور حياتهم الخاصة ، وتتعلق فى ذات الوقت بالمجتمع ، فإنه من الضروزى كذلك أن يترك لهم قدرا من الحرية فى تنظيم أمور حياتهم التى لا تمس سوى مصالحهم الخاصة ولا تتعلق بالمجتمع ، وتبدو أهمية القواعد المكملة فى هذا الخصوص فى أنها تقوم بتكملة إرادة

المتعاقدين التى قد تغفل الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية ، كتحديد مكان تسليم المبيع ، أو تحديد مدة عقد الإيجار ، حيث تكون القاعدة القانونية فى مثل هذه الأحوال قاعدة مكملة ، بحيث تتولى تحديد حكم القانون وتكملة إرادة المتعاقدين ، إذا أغفلا الاتفاق على هذه المسائل .

٤٦ – معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

يمكن التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، إما على أساس المعيار الشكلى ، أو على أساس المعيار الموضوعى .

١ – المعيار الشكلى :

يقوم هذا المعيار على تمييز القاعدة القانونية بحسب لفظها وعبارتها ، فإن دل اللفظ والعبارة على عدم جواز مخالفة القاعدة القانونية كانت آمرة ، وإن دل على جواز مخالفتها كانت القاعدة مكملة .

ومن أمثلة القواعد الآمرة وفقا للمعيار الشكلى ما تنص عليه المادة ٢١٧ / ٣ من القانون المدنى من أنه " يقع باطلا كل اتفاق يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع " . وكذلك ما تنص عليه المادة ١٣١ / ٢ من القانون المدنى من أن " التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه " .

٢ – المعيار الموضوعى :

ويقوم هذا المعيار على تحديد مدى اتصال القاعدة القانونية بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية . فإن كانت ذات صلة بهذه المصالح كانت قاعدة

آمرة . وإن لم تكن ذات صلة بهذه المصالح كانت مكملة . وتعرف المصالح الأساسية للمجتمع بفكرة النظام العام والآداب .

ويقصد **بالنظام العام** مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يقوم عليها المجتمع .

ويتميز النظام العام بأنه نسبى وليس مطلقا ، فهو يختلف من وقت لآخر ، ومن مكان لآخر ، وذلك بحسب ما أحرزه المجتمع من تطور وتقدم ، وبحسب حظه من الحضارة والثقافة . وعلى سبيل المثال يجيز النظام العام فى الدول الإسلامية تعدد الزوجات ، بينما تجرمه الدول الأوربية . أيضا كان النظام العام فى الكثير من الدول يرفض فكرة التأمين فى وقت سابق ، أما فى الوقت الحالى فقد اعترفت الكثير من هذه الدول بفكرة التأمين .

أما **الآداب العامة** فيقصد بها مجموعة القواعد الأخلاقية التى يقوم عليها المجتمع فى وقت معين .

وهى فكرة نسبية كالنظام العام ، تختلف من وقت لآخر ، ومن مكان لآخر . ولذلك فإنه تطبيقا لنص المادة ١٣٦ من القانون المدنى المصرى - الذى يقضى ببطلان العقد إذا كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب - يكون باطلا الاتفاق بين رجل وامرأة على إقامة علاقة غير مشروعة بينهما ، بخلاف الحال فى الدول الأوربية التى تنظم فى تشريعاتها مثل هذه العلاقة وترتب عليها آثارا قانونية . وكذلك دين القمار يعد مخالفا للآداب العامة ، لذلك فهو دين غير مشروع ، ولا يجوز الوفاء به (م ٧٣٩ مدنى) .

وعلى ذلك تكون القاعدة الآمرة هى القاعدة التى تتعلق بالنظام العام والآداب ، أما القاعدة المكملة فهى التى لا تتعلق بالنظام العام والآداب .

الباب الثانى

مصادر القانون

٤٧ - تقسيم :

تقتضى دراسة هذا الباب أن نقسمه إلى فصلين ، نتناول فيهما على التوالى ، المصادر الرسمية ، ثم المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية .

الفصل الأول

المصادر الرسمية

٤٨ - أربعة مصادر : ١ - التشريع ٢ - العرف ٣ - مبادئ الشريعة الإسلامية ٤ - مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

المبحث الأول

التشريع

٤٩ - تعريف التشريع وكيفية سنه :

يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة بذلك .

ويتميز التشريع بالوضوح والتحديد ، كما يتميز بسرعة إصداره ، وذلك على العكس من العرف الذى يحتاج إلى وقت طويل لتكوينه ، وأخيرا يتميز التشريع بأنه يؤدى إلى وحدة القاعدة القانو نية فى الدولة .

وتتدرج التشريعات فيما بينها من حيث قوتها ، ويأتى الدستور على رأس هذه التشريعات ، ثم يليه التشريع العادى ، وأخيرا تأتى اللائحة .

ونتناول فيما يلى كلا من هذه التشريعات من حيث طريقة سنها ، وذلك من خلال ثلاثة مطالب متتالية .

المطلب الأول

كيفية سن الدستور

٥٠ - الدستور هو مجموعة القواعد القانونية التى تحدد شكل الدولة ، ونظام الحكم فيها .

ويعد الدستور أسمى التشريعات فى الدولة ، وهو الذى يهيمن عليها ، ولذلك يعرف بالتشريع الأساسى .

وقد صدر الدستور المصرى فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ بواسطة الاستفتاء الشعبى ، وتم تعديله فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ .

وقد يصدر الدستور فى صورة منحة من الحاكم للشعب ، أو فى صورة اتفاق بينهما ، وقد يصدر عن جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض ، وأخيرا قد يصدر عن طريق الاستفتاء .

وجدير بالذكر أن تعديل الدستور يجب أن يتم بالطريقة التى يحددها الدستور ذاته . وتختلف طريقة تعديل الدستور بحسب ما إذا كان جامدا أو مرنا ، ففى الحالة الأولى يلزم اتباع إجراءات خاصة ، أما فى الحالة الثانية فيمكن أن يتم التعديل بتشريع عادى بذات الإجراءات التى يصدر بها التشريع العادى .

المطلب الثانى

كيفية سن التشريع العادى

٥١ - تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتشريع العادى القاعدة القانونية المكتوبة التى تضعها ، بحسب الأصل ، السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها .

وقد نصت المادة ٨٦ من الدستور المصرى على أن " يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ، وذلك كله على الوجه المبين فى الدستور " .

وإلى جانب الاختصاص الأصيل لمجلس الشعب بسن التشريع العادى ، يجوز لرئيس الجمهورية ، فى بعض الحالات الاستثنائية التى نص عليها الدستور ، أن يصدر تشريعات لها قوة التشريع العادى .

ونتناول فيما يلى مراحل سن التشريع العادى (فرع أول) ، ثم اختصاص السلطة التنفيذية ، استثناء ، بسن التشريع (فرع ثان) .

الفرع الأول

مراحل سن التشريع العادى

يمر التشريع العادى ، منذ أن يكون فكرة إلى أن يصبح قانونا نافذا ، بخمس مراحل :

٥٢ - المرحلة الأولى - الاقتراح :

ويتم اقتراح القانون إما بواسطة رئيس الجمهورية - عن طريق الحكومة - أو بواسطة أحد أعضاء مجلس الشعب (م ١٠٩ من الدستور) .

٥٣ – المرحلة الثانية – الفحص :

وتختلف إجراءات فحص التشريع بحسب ما إذا كان مقترحا من رئيس الجمهورية ، أو مقترحا من أحد أعضاء مجلس الشعب .

فإن كان مقترحا من رئيس الجمهورية ، عن طريق الحكومة ، فإنه يعرض على لجنة الفحص مباشرة ، لتقدم تقريرا بشأنه يعرض على مجلس الشعب . أما إذا كان التشريع مقترحا من أحد أعضاء مجلس الشعب فإن فحصه يتم على خطوتين الأولى بواسطة لجنة خاصة للتأكد من أهمية الاقتراح وجديته ، والثانية بواسطة لجنة الفحص ، وذلك إذا قرر المجلس ذاته عرض التشريع عليه ، بعد نظر اللجنة الأولى للاقتراح (م ١١٠ من الدستور) .

وترجع هذه التفرقة إلى أنه فى غالب الأحوال يكون المشروع المقدم من الحكومة قد استوفى حظه من الدراسة ، بخلاف المشروع الذى يقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب ، الأمر الذى يقتضى فحص الثانى على خطوتين .

٥٤ – المرحلة الثالثة – التصويت :

وفقا للمادة ١٠٧ من الدستور يتم التصويت على النحو التالى :

١ – يجب أن يتم التصويت على مواد القانون المقترح مادة مادة .

٢ – يجب أن تكون الأغلبية التى تتم بها موافقة المجلس أغلبية بسيطة أى نصف عدد الحاضرين + واحد .

٣ – يعتبر مشروع القانون مرفوضا إذا تساوت بشأنه الآراء ، ولا يجوز عرضه مرة أخرى على المجلس فى نفس دور الانعقاد ، إن كان مقدما

من أحد الأعضاء . أما إذا كان مقدما من الحكومة فيجوز تقديمه مرة أخرى إلى المجلس في نفس دور الانعقاد .

٥٥ – المرحلة الرابعة – الإصدار :

وفقا لنص المادتين ١١٢ ، ١١٣ من الدستور يكون إصدار القانون ، بعد موافقة مجلس الشعب عليه ، من اختصاص رئيس الجمهورية ، الذى تكون له سلطة إصدار القانون أو الاعتراض عليه .

(أ) فقد يوافق رئيس الجمهورية على إصدار القانون ، فيكون القانون قابلا للنفاذ من هذا التاريخ ، ولكنه لا يدخل حيز التنفيذ الفعلى إلا بنشره فى الجريدة الرسمية .

(ب) وقد يعترض رئيس الجمهورية على القانون ، وفى هذه الحالة يجب عليه أن يرد مشروع القانون إلى مجلس الشعب خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس له بالقانون ، وهنا يكون أمام المجلس أحد أمرين : (الأول) إذا رأى المجلس ضرورة إصدار القانون ، تولى بنفسه هذا الإصدار ، ولكن يشترط لذلك أغلبية خاصة ، هى ثلثى أعضائه . (الثانى) أن يقتنع المجلس برأى رئيس الجمهورية ، أو ألا تتوافر الأغلبية الخاصة اللازمة لإصدار القانون ، وفى هذه الحالة يقف مشروع القانون عند هذا الحد .

(ج) وقد يسكت رئيس الجمهورية (أى لا يوافق ولا يرفض) ، ويظل هذا السكوت لمدة ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس له بالقانون ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا السكوت موافقة ضمنية على المشروع .

٥٦ – المرحلة الخامسة – النشر :

تنص المادة ١٨٨ من الدستور على أن " تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر " .

ويتضح من هذا النص أنه يلزم لنفاذ القانون والعمل به أن يتم نشره أولا فى الجريدة الرسمية ، وقد حدد النص ميعادا لهذا النشر يجب أن يتم خلاله ، وهو خمسة عشرة يوما من تاريخ إصداره ، ويصير نافذا من اليوم التالى لمرور شهر على تاريخ نشره . كما أجاز النص أن يحدد للعمل بالقانون تاريخ آخر .

ويترتب على نشر التشريع عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وذلك فيما عدا الأحوال التى تعد من قبيل القوة القاهرة ، كالزلازل والفيضانات التى تقع فى بعض أجزاء الدولة ويتعذر بسببها توزيع الجريدة الرسمية ، فيجوز للأفراد فى هذه المناطق التمسك بعدم العلم بالقانون .

ويقتصر نطاق قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على الأحوال التى يراد فيها استبعاد حكم القانون ، أما إذا أريد من التمسك بالغلط فى القانون الوصول إلى تطبيق القانون على نحو صحيح ، فلا تطبق قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فإذا باع شخص حصته فى الميراث على أساس أنها ربع التركة ، لاعتقاده أن هذا هو نصيبه الشرعى ، ثم يتضح أنه يستحق الثلث ، فإنه يجوز لهذا الشخص أن يتمسك بجهله بالقانون ، ويطلب إبطال العقد على أساس الغلط (م ١٢٢ مدنى) ، دون أن يعد ذلك استثناء على قاعدة عدم جواز

الاعتذار بالجهل بالقانون ، حيث أن هذا الشخص لا يريد استبعاد القانون ، وإنما يريد تطبيقه .

والاستثناء الوحيد الذى يرد على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يتعلق بحالة استيلاء شخص على مال معتقدا أنه مملوك له على أساس قواعد الإرث ، فى حين أن القانون لا يورثه هذا المال ، فلا تقوم جريمة السرقة فى هذه الحالة لانتفاء الركن المعنوى لدى هذا الشخص .

الفرع الثانى

اختصاص السلطة التنفيذية ، استثناء ، بسن التشريع

٥٧ – تمهيد :

استثناء من الاختصاص الأصيل لمجلس الشعب بسن القانون ، أجاز الدستور لرئيس الجمهورية إصدار تشريعات لها قوة القانون الصادر عن مجلس الشعب فى حالتين على سبيل الحصر ، هما حالتى الضرورة والتفويض .

٥٨ – أولا – حالة الضرورة (م ١٤٧ من الدستور) :

تنص المادة ١٤٧ من الدستور على أنه " إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات على جلس الشعب خلال خمس عشرة يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة

الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ، بأثر رجعى ، ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة ، أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " .

يتضح من هذا النص أنه يشترط عدة شروط لانعقاد اختصاص رئيس الجمهورية ، استثناء ، بسن التشريع فى حالة الضرورة ، كما ألزمه باتباع إجراءات معينة حتى يستقر مصير التشريع الصادر عنه .

٥٩ - (أ) شروط انعقاد اختصاص رئيس الجمهورية ، استثناء ، بسن التشريع فى حالة الضرورة :

١ - أن يكون مجلس الشعب غائبا : وهو ما يتحقق فى حالتين : (الأولى) أن يكون معطلا بسبب حله ، أو وقف جلساته (م ١٣٦ من الدستور) . (الثانية) أن يكون المجلس فى أجازته السنوية التى تقع بين دورتين من أدوار انعقاده (م ١٠١ من الدستور) .

٢ - حدوث ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير : ويترك تقدير توافر هذا الشرط لرئيس الجمهورية ، ولكن تحت رقابة القضاء ، وكذلك رقابة مجلس الشعب حين يعرض عليه التشريع بعد إصداره .

٦٠ - (ب) الإجراءات الواجب على رئيس الجمهورية اتباعها بعد إصداره تشريعات الضرورة :

لا تصير القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية ، فى حالة الضرورة ، نهائية ، إلا إذا عرضت على صاحب الاختصاص الأصيل بسن التشريع ،

وهو مجلس الشعب . ولذلك يجب على رئيس الجمهورية عرض القرارات التى أصدرها على المجلس خلال مدة معينة .

وتختلف هذه المدة بحسب الأحوال : فإذا كان المجلس قائما (بأن كان فى أجازته السنوية بين أدوار الانعقاد) عند إصدار هذه القرارت فإنه يجب عرضها عليه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها . أما إذا لم يكن المجلس قائما (بأن كان سبب الغياب هو حله أو وقف جلساته) فإنه يجب عرض هذه القرارات عليه فى أول اجتماع له .

فإذا لم تعرض هذه القرارات فى المدة المحددة زالت بأثر رجعى ، دون حاجة لصدور قرار بذلك .

أما إذا عرضت فإما أن يقرها المجلس ، فتكون لها قوة التشريع العادى من تاريخ صدورها ، وإما أن يرفضها فتزول بأثر رجعى ، ما لم يقرر المجلس أحد أمرين : (الأول) اعتماد نفاذ آثارها فى الفترة بين صدورها وحتى تاريخ رفضها . (الثانى) تسوية هذه الآثار بوجه آخر .

٦١ – ثانيا – حالة التفويض (م ١٠٨ من الدستور) :

تنص المادة ١٠٨ من الدستور على أنه " لرئيس الجمهورية عند الضرورة ، وفى الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب ، بأغلبية ثلثى أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد

انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض ، أو عرضت ، ولم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون " .

وفقا لهذا النص فإنه يشترط لانعقاد اختصاص رئيس الجمهورية بتشريعات التفويض شروط معينة ، كما يجب عليه اتباع إجراءات معينة .

٦٢ – (أ) شروط انعقاد اختصاص رئيس الجمهورية ، استثناء ، بسن التشريع فى حالة التفويض :

١ – أن يكون هناك تفويض من مجلس الشعب ، بأغلبية خاصة هى ثلثى أعضائه ، لرئيس الجمهورية بإصدار تشريعات . ويلزم فى هذا التفويض أن يكون محددا من حيث الموضوع ، ومن حيث المدة .

٢ – أن تتوافر الظروف الاستثنائية التى تدعو رئيس الجمهورية إلى استعمال التفويض الممنوح له من مجلس الشعب .

٦٣ – (ب) الإجراءات الواجب على رئيس الجمهورية اتباعها بعد إصداره تشريعات التفويض :

يجب على رئيس الجمهورية عرض تشريعات التفويض على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض .

فإذا عرضت ووافق عليها المجلس ظلت نافذة . أما إذا عرضت ورفضها المجلس ، أو لم تعرض فى أول جلسة له ، زال ما كان لها من قوة القانون ، ويقتصر هذا الزوال على المستقبل ، دون أنه يكون له أثر رجعى .

ويجدر التنويه أخيرا إلى أن القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية فى حالتى الضرورة والتفويض ، تكون لها قوة التشريع العادى ، وبالتالى يجوز لها أن تلغى أو تعدل تشريعات سابقة صادرة عن مجلس الشعب .

المطلب الثالث

طريقة سن التشريع الفرعى (اللائحة)

٦٤ - تعريف اللائحة وأنواعها :

يقصد باللائحة القرارات التى تصدر عن السلطة التنفيذية ، متضمنة قواعد عامة مجردة . وتأتى اللائحة فى أدنى التشريعات ، ولذلك تخضع لقاعدة عدم جواز مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه ، فلا يجوز لها أن تخالف نصا تشريعيا ، وإلا تعرضت للإلغاء من القضاء الإدارى ، أو نصا دستوريا ، وإلا كانت غير دستورية .

واختصاص السلطة التنفيذية فى هذا المجال هو اختصاص أصلى ، ولا يتعارض مع اختصاص السلطة التشريعية التى تقوم بسن القوانين العادية .

وتنقسم اللوائح إلى ثلاثة أنواع هى :

١ - اللوائح التنفيذية (م ١٤٤ من الدستور) :

وتصدر هذه اللوائح عن السلطة التنفيذية تنفيذا لأحكام القانون ، حيث تعرض لمسائل تفصيلية لا ترد بالقانون ، ولذلك لا يجوز أن تخالف اللائحة حكم القانون أو أن تغير منه .

٢ - اللوائح التنظيمية (م ١٤٦ من الدستور) :

وهى اللوائح التى تصدر عن السلطة التنفيذية بهدف تنظيم المرافق العامة بما يضمن حسن سيرها وإشباعها للحاجات العامة .

وتصدر هذه اللوائح مستقلة بذاتها ، وليست تنفيذا لقانون سابق ، كما هو الحال بالنسبة للوائح التنفيذية .

٣ - لوائح الضبط والبوليس (م ١٤٥ من الدستور) :

وهى اللوائح التى تصدر لتحقيق ثلاثة أهداف هى الصحة العامة والسكينة العامة والأمن العام .

وتصدر هذه اللوائح مستقلة بذاتها ، كاللوائح التنظيمية ، وليست تنفيذا لقانون سابق .

المبحث الثانى

العرف

٦٥ - تقسيم :

نتناول دراسة العرف من خلال مطلبين (الأول) نخصصه لماهية العرف ، (والثانى) لأركان العرف .

المطلب الأول

ماهية العرف

٦٦ - تعريف العرف :

يقصد بالعرف هو اتباع الناس مسلكا معينا بصورة متكررة مع اعتقادهم بلزوم هذا الاتباع .

ويتضح من هذا التعريف أن العرف ليس قاعدة قانونية مكتوبة ، وإنما هو نابع من سلوك الأفراد فى المجتمع .

ويكفى لوجود العرف أن توجد جماعة من الأفراد ، حتى ولو لم يتوافر لهذه الجماعة سلطة تضع القوانين وتسنها ، كما هو الحال بالنسبة للقانون المكتوب ، لذلك وجد العرف بوجود المجتمعات البدائية التى شعرت بحاجتها إلى قواعد قانونية تنظم شئونها .

ومن أمثلة العرف ما يتعارف عليه بين الزوجين - المسلمين خاصة - على أن جهاز الزوجية مملوك للزوجة .

وكذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة بملحقاتها التى جرى العرف على اعتبارها .

ومن أمثلة العرف كذلك رد الشخص ما يكون قد قدم له من قبل فى المناسبات السعيدة (كالنقوط) أو فى غير ذلك من المناسبات .

٦٧ - مزايا العرف :

١ - صدق التعبير عن حاجات المجتمع :

نظرا إلى أن العرف نابع عن سلوك أفراد المجتمع ، فإنه يعبر بصدق عن إرادة المجتمع ، وذلك خلافا للتشريع الذى قد تفرضه إرادة مغايرة لإرادة المجتمع ، كسلطة مستبدة أو حاكم جائر .

٢ - المرونة :

لما كان العرف تعبيرا صادقا عن حاجات المجتمع ، وكانت هذه الحاجات فى تطور مستمر ، فإن العرف يتطور بما يلائمها ويتناسب معها ، ويستجيب لتغيراتها ، وذلك خلافا للتشريع الذى وضع فى نصوص مكتوبة جامدة .

٣ - تنظيم مسائل لم يتعرض لها التشريع :

لا تستوعب نصوص القانون ، مهما بلغت دقتها ، جميع المشاكل التى قد تطرأ على المجتمع ، وذلك لتطور هذه المشكلات وتعقدها بتطور المجتمع ، ولذلك قد يتولى العرف مواجهة هذه المشكلات بالنسبة لبعض المهن والحرف أو لبعض المناطق .

٦٨ - عيوب العرف :

١ - بطء العرف فى تكوينه وتطوره :

يعيب العرف أنه يحتاج إلى فترة طويلة لتكوينه ، حيث يجب أن يتكرر اتباع الأفراد مسلكا معينا فترة من الزمن حتى يتكون ، وذلك بخلاف التشريع الذى يتميز بسرعة إصداره عن السلطة التشريعية .

نفس الأمر يصدق على تعديل العرف حيث يحتاج إلى مدة طويلة من الزمن حتى يمكن تغييره ، ذلك أن تغير سلوك الأفراد بشأن مسألة معينة ، يحتاج إلى وقت طويل حتى يتغير العرف .

ومما لاشك فيه أن بطء التكوين أو بطء التعديل لا يتناسب مع التطور الذى تشهده المجتمعات الحديثة .

٢ - عدم الوضوح :

نظرا إلى أن العرف قاعدة قانونية غير مكتوبة ، فإنه يتعذر الوقوف على مضمونه أو شروط تطبيقه أو الجزاء المترتب على مخالفته ، ولذلك يعيبه عموما عدم الوضوح ، خلافا للقاعدة القانونية المكتوبة التى تكون كل هذه المسائل محددة وواضحة فيها .

٣ - يؤدى إلى تعدد القواعد القانونية فى الدولة :

قد ينشأ العرف فى منطقة معينة من الدولة مخالفا لعرف آخر متبع فى منطقة أخرى ، وهو ما يؤدى إلى الإخلال بمبدأ وحدة القاعدة القانونية فى الدولة ، وبالتالى إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين .

المطلب الثانى

أركان العرف

ودوره فى القانون المصرى

٦٩ - أولا - أركان العرف :

يتضح من التعريف السابق للعرف أنه يتكون من ركنين : الأول مادى يتمثل فى اعتياد الأفراد على سلوك معين فى مسألة معينة والثانى معنوى يتمثل فى الاعتقاد بإلزام هذا السلوك .

٧٠ - الركن الأول - الركن المادى (الاعتياد) :

ويشترط لقيام هذا الركن توافر عدة شروط :

١ - العمومية : يجب أن يصدر السلوك المعتاد من عدد كبير من أفراد المجتمع ، حتى يمكن القول أن هذا السلوك يعبر عن إرادة المجتمع .

ولا يشترط صدور السلوك من جميع أفراد المجتمع ، وإنما يكفى صدوره عن معظم أفراد المجتمع ، فإذا نشأت القاعدة العرفية على هذا النحو طبقت على المجتمع بأسره لا فرق بينها وبين القاعدة المكتوبة فى ذلك .

ولا يتعارض مع صفة العمومية أن يكون هناك عرف خاص بفئة معينة أو طائفة معينة فى المجتمع ، كالعرف السائد بين أصحاب المهنة الواحدة كالمحامين والأطباء ، وهو ما يعرف بالعرف المهنى أو الحرفى .

كما لا يتعارض أيضا مع صفة العمومية ، أن يقتصر العرف على إقليم معين فى الدولة لظروف خاصة به،، وهو ما يعرف بالعرف الإقليمى .

٢ – **القدم** : بمعنى أن يظل السلوك متبعا مدة كافية من الزمن تكفى للقول بأن الأفراد قد اعتادوا اتباعه*.

وليس هناك حد معين للمدة التى يجب ان يتبع فيها السلوك حتى يصير عرفا ، وإنما هى مدة نسبية تختلف باختلاف الأحوال . ويرجع ذلك إلى طبيعة المجتمع ، وطبيعة المشكلات التى تثور فيه ، فالمجتمع البدائى البسيط يلزم تكرار السلوك فيه مدة أطول من المجتمع الحديث الذى يتميز بسرعة تطوره . أيضا فالمشكلات التى تثور بصورة متواترة لا يلزم بالنسبة لها مرور مدة طويلة على اتباع الأفراد مسلكا معينا بشأنها ، عكس المشكلات التى قد تظهر بين الحين والآخر ، فهذه يلزم استمرار اتباع السلوك بشأنها مدة أطول .

٣ – **الثبات** : ويقصد بالثبات استقرار اتباع الأفراد على مسلك معين بشان مسألة معينة ، دون أن يتحولوا عنه إلى غيره .

٤ – **عدم مخالفة النظام العام والآداب** : ذلك أن اعتياد الأفراد على مسلك يخالف النظام العام والآداب لا يعتد به ، ولا ينشئ عرفا مهما تكرر هذا الاعتياد ، وأيا كانت مدته ، من ذلك الاعتياد على الأخذ بالثأر .

٧١ – الركن الثانى – الركن المعنوى (الاعتقاد بإلزام السلوك المتبع) :

لا يكفى توافر الركن المادى لقيام العرف ، وإنما يلزم كذلك توافر الركن المعنوى ، ويتمثل هذا الركن فى اعتقاد الأفراد بإلزام السلوك المتبع .

وهذا الشعور بالإلزام هو الذى يميز بين العرف وبين العادة الاتفاقية التى قد يجرى الأفراد على اتباعها دون أن يتولد الشعور لديهم بأنها واجبة الاتباع .

ويترتب على ذلك أن العرف يسرى عليه كل ما يسرى على القاعدة القانونية المكتوبة من افتراض علم القاضى بالعرف ، وعدم جواز الاعتذار بالجهل به ، وخضوع تطبيق القضاء له لرقابة محكمة النقض ، بينما العادة الاتفاقية لا يسرى عليها شئ من ذلك .

٧٢ - أثر توافر ركنى العرف :

إذا توافر ركنا العرف على النحو المتقدم ، فإننا نكون بصدد قاعدة قانونية ملزمة ، وإن كان يأتى فى مرتبة تالية على القاعدة المكتوبة ، ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصا تشريعيا ، سواء كان هذا النص قاعدة آمرة أو مكملة .

٧٣ - ثانيا - دور العرف فى القانون المصرى :

يؤدى العرف دورا هاما فى القانون المصرى ، فقد يكون مكملا للتشريع ، وقد يكون معاونا له ، وأخيرا قد يخالفه .

١ - العرف المكمل للتشريع :

فيما عدا قانون العقوبات ، الذى يحكمه مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، فإن العرف يلعب دورا هاما فى استكمال النقص فى النصوص التشريعية ، فى مختلف فروع القانون .

ومن أمثلة العرف فى القانون المدنى ، أن الأثاث الذى يوجد فى منزل الزوجية يكون ملكا للزوجة .

٢ – العرف المعاون للتشريع :

قد ينظم المشرع موضوعا معينا ، ولكنه يحيل إلى العرف بشأن تحديد أو تفسير بعض المسائل ، ومن ذلك الاستعانة بالعرف للتعرف على نية المتعاقدين . ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٨ / ٢ من أنه " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة " .

٣ – العرف المخالف للتشريع :

إذا كان العرف يلي التشريع في المرتبة ، ومن ثم لا يجوز له أن يخالفه ، إلا أن المشرع نفسه قد يضع قاعدة قانونية مكملة ، إذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين على مخالفة حكمها ، وفي هذه الحالة يطبق أولا اتفاق المتعاقدين إن وجد ، فإن لم يوجد يطبق العرف إن كان هناك عرف فى هذه المسألة ، فإن لم يوجد اتفاق أو عرف طبقت القاعدة القانونية المكملة .

ومن أمثلة ذلك ما تقضى به المادة ٤٦٢ مدنى من أن " نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ، وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

أما بالنسبة للقاعدة القانونية الآمرة ، فلا يجوز للعرف مخالفتها إعمالا لقاعدة التدرج بين التشريع والعرف ، لتعلق هذه النصوص بالنظام العام .

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

٧٤ – تنص المادة الأولى من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الثانية على أنه " ... فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " .

وعلى ذلك فمبادئ الشريعة الإسلامية تأتى فى المرتبة الثالثة بين مصادر القاعدة القانونية بعد التشريع والعرف .

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية الأصول الكلية المتفق عليها بين المذاهب الفقهية فى الشريعة الإسلامية ، دون الأحكام التفصيلية التى يقع فيها الخلاف .

ويلاحظ أن مبادئ الشريعة الإسلامية تلعب دورا احتياطيا يلجأ إليه القاضى ليصل عن طريقه إلى حل النزاع المعروض عليه ، والذى لا يوجد له نص تشريعى أو عرف .

وإلى جانب الدور الاحتياطى الذى تلعبه مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإنها تعد كذلك مصدرا عاما للقاعدة القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين .

٧٥ – تعريف مصطلح الأحوال الشخصية :

تعرض المشرع المصرى لتحديد مسائل الأحوال الشخصية فى قانونين ، هما القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ ، والقانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ .

فنصت المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الصادرة عام ١٩٣٧ ، والتى نصت على أن." تشمل الأحوال الشخصية : المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة ، وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقات بين الأصول والفروع ، والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا ".

وبإلغاء المحاكم المختلطة ، صدر قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ، وقد تضمنت المادتان ١٣ و١٤ من هذا القانون ، تحديدا لمسائل الأحوال الشخصية .

فنصت المادة ١٣ على أن " تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة ، المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " .

ونصت المادة ١٤ على أن " تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين ، إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك " .

وعلى ذلك فإنه يمكن حصر مسائل الأحوال الشخصية فيما يلي :

١ – المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم .

٢ – المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والمسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، وتصحيح النسب والتبنى ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة بين الأقارب .

٣ – المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا .

٤ – المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

٧٦ – شروط تطبيق شرائع غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية :

ذكرنا أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعد مصدرا عاما فى مسائل الأحوال الشخصية ، سواء للمسلمين أو لغير المسلمين ، على أن شرائع غير المسلمين تطبق بالنسبة لغير المسلمين إذا توافرت شروط معينة :

١ – اتحاد الخصوم فى الدين والملة والطائفة : ذلك أن المشرع قد اشترط ، صراحة ، اتحاد الخصوم فى الملة والطائفة ، وعلى ذلك ، فإذا كان أطراف النزاع من المسيحيين ، وكان كل منهما أرثوذكسيا قبطيا ، فإن قانون شريعتهم هو الذى يحكم النزاع . أما لو كان أحدهما مسيحيا أرثوذكسيا قبطيا ، والآخر مسيحيا أرثوذكسيا سريانيا ، كانت الشريعة الإسلامية هى واجبة التطبيق ، على الرغم من اتحادهما فى الدين والملة .

والحكمة من وضع هذا الشرط هو أن توجد قواعد قانونية موحدة بين الخصوم أطراف النزاع ، لأنه لو اختلفوا فى الملة أو الطائفة ، فلن تكون هناك قواعد موحدة تسرى على الطرفين ، فلكل طائفة قواعد مختلفة عن القواعد التى تؤمن بها الطائفة الأخرى .

٢ – أن تكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :

لكى تطبق الشريعة الخاصة ، فإنه يشترط ، كذلك ، أن تكون هناك للخصوم جهة قضائية ملية منظمة ، قبل ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ ، وهو وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فإذا كان أحد الخصوم ينتمى لطائفة ، ليس لها مجلس ملى منظم ، انتفى أحد شروط تطبيق الشريعة الخاصة ، وطبقت أحكام الشريعة الإسلامية .

٣ – ألا يكون الحكم الوارد فى شريعة غير المسلمين مخالفا للنظام العام فى مصر :

ومن أمثلة ذلك ، الحرمان من الزواج ، الذى تقضى به المادة ٦٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ ، من أنه " يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر ، إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما ، أو كليهما من الزواج ، وفى هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمانه أن يتزوج ، إلا بتصريح من المجلس " .

حيث يخالف هذا النص النظام العام ، لأنه يصطدم بحرية أساسية من الحريات العامة التى كفلها الدستور ، وهى حرية الزواج وتكوين الأسرة ، ومن ثم ، فإن القضاء لا يطبق مثل هذا الحكم .

فإذا توافرت هذه الشروط طبقت شريعة غير المسلمين على منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم ، وإذا انتفى أى شرط من هذه الشروط فإن أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تحكم النزاع .

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

٧٧ – تنص المادة ١ / ٢ من القانون المدنى المصرى على أنه " ... فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فمبقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " .

يتضح من هذا النص أن القاضى حين لا يجد فى مبادئ الشريعة الإسلامية حلا للنزاع المعروض ، عليه أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وهى المصدر الرابع من مصادر القاعدة القانونية .

ويقصد بمبادئ القانون الطبيعى مجموعة المبادئ الجوهرية العامة التى يقوم على أساسها النظام القانونى كله .

أما قواعد العدالة فيقصد بها ذلك الشعور الغريزى الذى يدفع المرء إلى اختيار أنسب الحلول مع النظام القانونى .

وبعبارة عامة يمكن القول أن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة هى مجموعة المبادئ والمثل العليا التى تستقر فى وجدان كل مجتمع ، بحيث يكون الحل العادل الذى ينتهى إليه القاضى هو الذى يتفق معها .

وتتسم مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة بأنها مرنة ومطاطة وغير محددة ، فالقاضى يجتهد فى سبيل الاهتداء إلى وجود حل عادل مستمد من هذه المبادئ دون أن يكون لديه فى سبيل ذلك معيار محدد .

وغنى عن الذكر أنه لا يجوز للقاضى أن يلجأ إلى هذا المصدر من مصادر القاعدة القانونية إلا إذا لم يجد حلا للنزاع المعروض عليه فى المصادر الثلاثة السابقة (التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية) ، فهذا المصدر يعد المصدر الرسمى الاحتياطى الأخير للقاضى .

الفصل الثانى

المصادر التفسيرية

٧٨ – تقسيم :

إلى جانب المصادر الرسمية التى ذكرتها المادة الأولى من القانون المدنى ، وهى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فهناك مصدران تفسيريان هما القضاء والفقه .

وعلى الرغم من أن أنهما ليسا سوى مصدرين تفسيريين ، إلا أنهما يؤديان دورا هاما ، قد يصل فى بعض الأحيان إلى خلق القاعدة القانونية ، فالقضاء يعد المظهر العملى للقانون ، بينما يعد الفقه المظهر العلمى له . ونتناول كلا منهما فى مبحث مستقل فيما يلى .

المبحث الأول

القضاء

٧٩ – قد يقصد بالقضاء مجموعة المحاكم الموجودة فى الدولة ، والتى تقوم بفض المنازعات ، وقد يقصد به مجموعة الأحكام التى تصدرها جهة قضائية معينة .

ويختلف الدور الذى يلعبه القضاء بحسب النظام القانونى السائد فى الدولة . فالدول التى تأخذ بالنظام الانجلوسكسونى (مثل إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية) تعرف ما يسمى بالسوابق القضائية ، ولذلك فإن أحكام

القضاء التى تصدر عن المحاكم العليا فى هذه الدول ملزمة للمحاكم الأدنى منها فى الدرجة ، فهو يعد مصدرا رسميا من مصادر القاعدة القانونية فى هذه الدول . أما الدول التى تأخذ بالنظام اللاتينى (مثل فرنسا ومصر) ، فيقتصر دور القضاء فيها على حسم المنازعات المرفوعة أمامه ، ولا تكون أحكام المحاكم ملزمة لا للمحكمة التى أصدرت الحكم ، ولا للمحاكم الأدنى منها ، لأن النظام اللاتينى يقوم على التشريع ، وليس على العرف ، كما هو الحال بالنسبة للنظام الأنجلوسكسونى .

ويلاحظ أنه على الرغم من أن أحكام القضاء فى النظام اللاتينى غير ملزمة للمحاكم الأدنى درجة رسميا ، إلا أنها تتمتع بإلزام أدبى كبير خاصة حين تستقر محكمة النقض على مبدأ معيْن ، إذ تحرص المحاكم على عدم مخالفة هذا المبدأ .

ويأخذ النظام القضائى فى مصر بمبدأ القضاء المزدوج ، وهو الذى يعتمد على وجود جهتين للقضاء : (الأولى) هى جهة القضاء العادى ، وهو ينقسم إلى درجتين للتقاضى ، قضاء أول درجة وقضاء ثانى درجة . وتأتى محكمة النقض على رأس هذا القضاء ، وهى لا تعد درجة من درجات التقاضى . (الثانية) هى جهة القضاء الإدارى ، ويمثله مجلس الدولة الذى يتكون القسم القضائى منه من : المحكمة الإدارية العليا ، ومحكمة القضاء الإدارى ، والمحاكم الإدارية ، والمحاكم التأديبية ، وهيئة مفوضى الدولة .

المبحث الثانى

الفقه

٨٠ – يقصد بالفقه مجموع ما يقدمه فقهاء وشراح القانون من آراء بهدف تفسير القانون ، ونقد قواعده ، وتأصيل أحكامه . وقد يقصد به المشتغلون بالفقه أنفسهم .

والفقه باعتباره مصدرا تفسيريا ، لا ينشئ قواعد قانونية جديدة ، لكنه يلعب دورا كبيرا فى تطوير القانون عن طريق تحليل وشرح القوانين المختلفة ، بالإضافة إلى ما يبديه الفقه من نقد لكل من التشريع والقضاء مما يسهم فى تنقيح النظام القانونى من العيوب التى قد تؤخذ عليه ، فضلا عن أن الفقه يلعب دورا هاما فى تكوين العقلية القانونية السليمة لدى دارسى القانون والمشتغلين به ، وذلك عن طريق تدريسه فى الجامعات ، وأخيرا فإن الفقه يمثل دليلا ومرشدا للمشرع عند سن قانون ، أو لتعديل قانون معين .

الباب الثالث

تفسير القانون

٨١ – تقسيم :

نتناول دراسة هذا الباب من خلال فصلين ، نخصص الأول لأنواع التفسير ، ونتناول فى الثانى طرق التفسير .

الفصل الأول

أنواع التفسير

٨٢ – تعريف :

يقصد بتفسير القانون إزالة ما به من لبس أو غموض ، بهدف الوصول إلى المقصد الحقيقى للمشرع .

وتوجد عدة أنواع للتفسير هى : التفسير التشريعى والتفسير القضائى ، والتفسير الفقهى .

٨٣ – أولا – التفسير التشريعى :

قد يصدر المشرع قاعدة قانونية ، ثم يشعر بعد ذلك بغموضها ، فيتولى بنفسه توضيح هذا الغموض . ويسمى القانون الذى يصدر تفسيرا لتشريع سابق بالقانون التفسيرى أو المفسر ، أما القانون الذى صدر التفسير بشأنه ، فيسمى القانون المفسر .

ويجب أن يصدر التشريع إما عن نفس الجهة التى أصدرت القاعدة محل التفسير ، وإما عن جهة مفوضة فى ذلك من جهة التشريع ، ومثال ذلك التفسيرات التشريعية التى يصدرها مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى فى مصر من أجل تفسير نصوص قانون الإصلاح الزراعى ، حيث يتم هذا التفسير بمقتضى التفويض الذى نصت عليه المادة ١٢ من هذا القانون بقولها : " لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراته فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية " .

ومن أمثلة التفسير التشريعى فى القانون المصرى عندما صدر مرسوم فى ٢ أغسطس ١٩١٤ بفرض سعر إلزامى لأوراق البنكنوت ، وتحريم شرط الدفع بالذهب ، ثار الجدل حول نطاق تطبيق هذا المرسوم ، وهل هو يقتصر على المعاملات الداخلية أم يشمل معها كذلك المعاملات الخارجية ، الأمر الذى أدى إلى تدخل المشرع بتفسير هذا المرسوم فى عام ١٩٣٥ ، حيث أوضح أنه لا يجوز اشتراط الدفع بالذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء .

وحين يصدر المشرع تفسيرا لقاعدة قانونية غامضة ، فإن هذا التفسير يكون ملزما للجميع ، ويجب على القاضى تطبيقه ، وبأثر رجعى من تاريخ نفاذ القاعدة الأصلية .

على أنه يجب على المشرع أن يتقيد بتوضيح غموض القاعدة القانونية ، وإزالة ما بها من لبس ، دون أن يتخذ من ذلك ذريعة لإصدار قاعدة قانونية جديدة .

٨٤ – ثانيا – التفسير القضائى :

ويصدر هذا التفسير عن القاضى بمناسبة ما يثور أمامه من منازعات ، ولذلك يرتبط هذا النوع من التفسير بالضرورات العملية التى تقتضيه ، وهو فى ذلك يختلف عن التفسير الفقهى .

ونظرا إلى أن مصر تتبع النظام اللاتينى ، فإن التفسير القضائى لا يكون ملزما ، لا للمحكمة التى أصدرته ولا لغيرها من المحاكم ، حيث يجوز للمحكمة التى أصدرت التفسير أن تعدل عنه فى دعوى أخرى مماثلة ، وتأخذ بتفسير غيره . وإن كان تفسير محكمة النقض – كما سبق القول – يعتبر ملزما للمحاكم من الناحية العملية .

ويستثنى من ذلك التفسير الذى يصدر عن المحكمة الدستورية العليا التى يدخل فى اختصاصاتها تفسير القوانين . وقد أنشئت هذه المحكمة – والتى كانت فى بادئ الأمر المحكمة العليا التى تقرر إنشاؤها بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ فى ٣١ أغسطس ١٩٦٩ – بمقتضى المادة ١٧٥ من دستور سنة ١٩٧١ ، وقد استمر هذا الوضع قائما ، إلى أن صدر قانون المحكمة الدستورية العليا ، وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، الذى أكد ما سبق أن قرره الدستور من اختصاصها بتفسير القوانين .

ويتميز التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يصدر بمناسبة نزاع قائم ، وإنما يقدم إليها طلب التفسير استقلالا . كما يتميز هذا التفسير بأنه ملزم لجميع سلطات الدولة وللأفراد (م ٤٩ / ١ من قانون المحكمة

الدستورية العليا) ، بل ويجب نشر هذا التفسير فى الجريدة الرسمية مثله فى ذلك مثل القوانين (م ٤٩ / ٢ من القانون السابق) .

٨٥ – ثالثا – التفسير الفقهى :

وهو التفسير الذى يصدر عن فقهاء القانون عن طريق كتاباتهم وتعليقاتهم على النصوص القانونية . والتفسير الفقهى – على عكس التفسير القضائى – لا يواجه حالات واقعية ، بل يكون بمناسبة البحث فى القواعد القانونية بوجه عام ، ولذلك يغلب عليه الجانب النظرى ، بينما يغلب على التفسير القضائى الطابع العملى .

وهو تفسير غير ملزم للقاضى ، وعلى الرغم من ذلك فإنه يعد أحد العناصر الهامة التى يستأنس بها القاضى فى حسم النزاع .

الفصل الثانى

طرق التفسير

٨٦ - تقسيم :

تختلف طرق التفسير بحسب الحالة الموجود عليها النص ، فقد يكون النص سليما (مبحث أول) ، وقد يكون معيبا (مبحث ثان) ، بل قد لا يوجد لدينا نص على الإطلاق فى المسألة المعروضة على القاضى (مبحث ثالث) .

المبحث الأول

حالة النص السليم

٨٧ - يقصد بالنص السليم ذلك النص الواضح الذى لا لبس فيه ولا غموض ، ويدل بلفظه على المقصود منه ، دون توقف على أمر خارجي .

وعلى الرغم من أن النص السليم يكون واضحا ، إلا أن النصوص ليست جميعا فى نفس درجة الوضوح ، لذلك يتعين معرفة كيفية استخلاص معنى النص السليم . ويتم ذلك من أحد طريقين (الأول) استخلاص المعنى من ألفاظ النص (ويشمل دلالة العبارة ، ودلالة الإشارة ، ودلالة الاقتضاء) ، و(الثانى) استخلاص المعنى من مضمون النص (ويقصد به القياس) .

وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدنى بقولها : " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها " .

٨٨ – أولا – استخلاص المعنى من ألفاظ النص :

١ – دلالة العبارة :

ويقصد بعبارة النص صيغته المكونة من ألفاظه ، أما دلالة عبارة النص فهى دلالته على المعنى المتبادر إلى الذهن بمجرد قراءته .

وهذه الدلالة تلازم كل نص ، حيث أنه بمجرد قراءة أى نص فلابد أن يتبادر إلى الذهن معنى معين ، وهذا المعنى هو ما يعرف بدلالة عبارة النص ، كما يطلق عليه المعنى الحرفى للنص أو منطوق النص . ولكن ينبغى التنويه إلى أن هذا التفسير لا يكون لكل لفظ فى النص على حدة ، وإنما يمتد ليعبر عن المقصود من مجمل النص .

وإذا كان اللفظ معنيان ، أحدهما لغوى والآخر اصطلاحى ، فإنه يجب حمل النص على معناه الاصطلاحى ، ما لم يتبين اتجاه إرادة المشرع إلى عكس ذلك . من ذلك مثلا لفظ " الزنا " فهو يعنى ، لغة ، كل علاقة جنسية غير مشروعة ، بين رجل وامرأة ، سواء كان كلاهما متزوج أم غير متزوج . أما اصطلاحا (أى قانونا) فهو يقتصر على الحالة التى يقع فيها الزنا من شخص متزوج .

٢ – دلالة الإشارة :

وهى دلالة النص على حكم غير مقصود بذاته ، مع كونه لازم لإفادة المعنى المقصود من النص . فالنص لا يعبر عن هذا المعنى ، ولكنه يشير إليه دون أن يصرح به .

فدلالة الإشارة تنصرف إلى المعنى البعيد غير المباشر ، ولذلك تحتاج إلى قدر من دقة النظر والتأمل ، على عكس دلالة العبارة التى تنصرف إلى المعنى القريب المباشر .

ومثال دلالة الإشارة نص المادة ١٠٣٣ من القانون المدنى المصرى على أنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحا ، إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية " ، فدلالة العبارة لهذا النص هى أن إقرار المالك الحقيقى يصحح رهن ملك الغير ، أما دلالة الإشارة فهى أن جزاء رهن ملك الغير ، هو البطلان النسبى ، وليس البطلان المطلق ، لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يمكن تصحيحه .

٣ – دلالة الاقتضاء :

اقتضاء النص هو الكلام المسكوت عنه فى النص ، ولكن معنى النص لا يستقيم إلا بتقديره .

ومثال ذلك نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى من أنه " إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ... " ، فالمعنى يقتضى وجود مقدر محذوف ، فيكون المقصود هو إذا وجد فى مقدار المبيع عجز أو زيادة . وهو نفس القول بالنسبة لقوله تعالى : " واسأل القرية التى كنا فيها والعير التى أقبلنا فيها وإنا لصادقون " فاستقامة المعنى تقتضى وجود مقدر محذوف ، إذ المقصود هو اسأل أهل القرية واسأل أصحاب العير .

٨٩ – ثانيا – استخلاص المعنى من مضمون النص (القياس) :

ويقصد بالقياس استخلاص حكم حالة مسكوت عنها من حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين ، وهو إما أن يكون بمفهوم الموافقة ، أو بمفهوم المخالفة .

١ – القياس بمفهوم الموافقة :

ويكون ذلك عند تطبيق حكم حالة منصوص عليها على حالة مسكوت عنها لاتحاد العلة بينهما ، وله عدة صور :

(أ) القياس العادى أو المساوى (أو الجلى) : ويكون ذلك حين تكون العلة متوافرة فى الحالة المسكوت عنها بشكل مساو للعلة الموجودة فى الحالة المنصوص عليها ، ومثال ذلك نص المادة ٣١٢ من قانون العقوبات المصرى على أنه " لا تجوز محاكمة من يرتكب السرقة إضرارا بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه ، إلا بناء على طلب المجنى عليه " ، فهذا النص اقتصر على ذكر جريمة السرقة بين االزوجين وكذلك الأصول والفروع ، ومع ذلك فالعلة من الحكم الوارد به متوافرة ، وبشكل مناسب ، فى جريمتى النصب وخيانة الأمانة ، لذلك تقاس هاتين الجريمتين على السرقة للتساوى بينهم فى العلة .

(ب) القياس الأولوى (أو من باب أولى) : ويكون ذلك حين تكون العلة فى الحالة المسكوت عنها أوضح من تلك المنصوص على حكم لها . ومثال ذلك قوله تعالى : " إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما " (آية ٢٣ من سورة الإسراء) فإذا كانت الآية الكريمة قد حرمت التأفف مع الوالدين لعدم إيذائهما ، فهذه العلة تظهر بشكل

أوضح فى السب أو الضرب أو الحبس ، فيثبت لها من باب أولى نفس الحكم لتوافر العلة فيها بشكل أقوى .

ومن أمثلة ذلك أيضا نص المادة ٢٤٧ عقوبات على تخفيف عقوبة الزوج الذى يقتل زوجته وشريكها حال تلبسهما بالزنا ، حيث تقوم علة التخفيف ، ومن باب أولى ، إذا أحدث بهما عاهة مستديمة ، فتكون العقوبة مخففة كذلك فى هذه الحالة .

وكذلك ما تنص عليه المادة ١١٤١ / ١ "ج" من القانون المدنى من أن " النفقة المستحقة للأقارب عن الستة شهور الأخيرة ، تكون مضمونة بامتياز عام على جميع أموال المدين " . ويستفاد من هذا النص أن النفقة الزوجية تكون – من باب أولى – مضمونة بامتياز عام على أموال زوجها ، رغم أن النص لم يذكر سوى الأقارب ، والزوجة لا تدخل فى لفظ الأقارب بالمعنى الاصطلاحى .

٢ – القياس بمفهوم المخالفة :

ويقصد به إعطاء حكم لحالة مسكوت عنها ، مناقض أو مخالف لحكم حالة منصوص عليها لاختلاف العلة بينهما .

ومثال ذلك نص المادة ٤٦٦ / ١ من القانون المدنى من أنه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات ، وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع " . فعن طريق مفهوم المخالفة لهذا النص يمكن القول أن العقد لا يكون قابلا للإبطال إذا كان المبيع غير معين بالذات .

المبحث الثانى

حالة النص المعيب

ونتناول كيفية تفسير النص المعيب من خلال التعرف على صور العيوب التى قد تلحق به (أولا) ، ثم وسائل تفسير هذا النص (ثانيا) .

٩٠ – أولا – صور العيوب التى قد تلحق بنص القانون :

١ – الخطأ المادى :

ويتمثل فى أن ترد كلمة فى النص غير مقصودة ، أو ألا ترد كلمة لابد منها لفهم النص ، فيكون النص حينئذ مشوبا بالنقص .

ومثال الحالة الأولى ما نصت عليه المادة ٦٧٦ من القانون المدنى من أنه " تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ... " ، فقد سقط سهوا حرف الواو بعد كلمة الممثلين التجاريين وقبل كلمة الجوابين ، حيث لم يقصد المشرع أن يكون الممثلون التجاريون جوابين ، والصحيح أنه قصد سريان حكم العقد على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين .

ومثال الحالة الثانية (النقص فى عبارة النص) ما كانت تنص عليه المادة ١٥١ من التقنين المدنى القديم من أن " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر " ، فالمشرع لم يقصد أن كل فعل سواء اتصف بالخطأ أم لا ، يسبب ضررا للغير ، تترتب عليه المسئولية ، وإنما المقصود أن يتصف هذا الفعل بالخطأ ، وقد فطن الفقه والقضاء إلى ذلك ، كما تدارك المشرع هذا النقص ، فعدل صياغة النص فى المادة ١٦٣ من التقنين

المدنى الحالى ، حيث نص على أن " كل خطأ سبب ضرا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " .

٢ – التعارض :

ويكون ذلك عند وجود تناقض بين نصين أو أكثر من نصوص القانون ، وله عدة صور :

(أ) التعارض بين نصوص متفاوتة فيما بينها من حيث القوة : كالتعارض بين نص فى الدستور ، ونص فى التشريع العادى ، ففى هذه الحالة نقدم التشريع الأعلى درجة على التشريع الأدنى درجة .

(ب) التعارض بين نصوص متساوية فيما بينها من حيث القوة ، ومختلفة من حيث تاريخ صدورها : وفى هذه الحالة فإن التشريع اللاحق يلغى التشريع السابق .

(ج) التعارض بين نصوص متساوية من حيث القوة ومن حيث تاريخ الصدور : فى هذه الحالة يجب العمل على رفع التعارض عن طريق الاستعانة بقواعد الاستدلال السابقة فيقدم المعنى المستفاد من دلالة العبارة على المعنى المستفاد من إشارته ، كما تقدم دلالة الإشارة على دلالة الاقتضاء .

فإذا تعذر ترجيح أحد المعنيين على الآخر ، بأن يكون كل منهما مستخلصا من دلالة العبارة مثلا ، ففى هذه الحالة يتعين اللجوء إلى وسائل تفسير النص المعيب ، وهى ما نتناوله فيما يلى :

٩١ – ثانيا – وسائل تفسير النص المعيب :

يمكن الاستعانة ببعض الوسائل فى تفسير النص المعيب ، وهى الرجوع إلى حكمة التشريع ، والتقريب بين النصوص ، والأعمال التحضيرية ، والمصادر التشريعية .

١ – **حكمة التشريع :** فالمشرع حين يصدر تشريعا معينا ، لابد وأن تكون له حكمة تشريعية من وراءه ، وهى تلك المصلحة التى يرمى المشرع إلى تحقيقها من وراء التشريع ، سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو خلقية [٣٨] .

ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع فى المادتين ٣١٦ و٣٦٨ عقوبات من اعتبار الليل ظرفا مشددا لجريمة السرقة وجريمة إتلاف المزروعات ، لما يكون له من أثر فى تيسير مهمة الجناة فى اقتراف جرائمهم مستترين بظلام الليل ، ولم يضع المشرع تعريفا أو معيارا له ، وإذا كانت الحكمة من هذا التشديد تتمثل فى الوقت الذى يشتد فيه الظلام ، فهذه الحكمة لا تتوافر إذا أخذنا بالمعنى الفلكى لليل وهو الوقت الواقع بين الغروب والشروق ، ولذلك لا يكون هناك محل لتشديد العقوبة إذا وقعت الجريمة فى وقت الغسق أو فى وقت الفجر .

وغنى عن الذكر أنه لا محل للاستعانة بحكمة التشريع إلا متى كان النص معيبا ، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض بقولها : " متى كانت نصوص القانون جلية المعنى ، فلا مقتضى للبحث عن حكمة التشريع ودواعيه ، إذ أن

---

[٣٨] سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ ، ص ٣٦٧ .

ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، مما يكون معه القاضى مضطرا فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى ذلك " [٣٩] .

فإذا أمكن للمفسر أن يصل إلى الحكمة من التشريع ، فإنه يستطيع ، فى تفسيره للنص المعيب ، أن يرجح أحد المعانى على الآخر .

٢ – التقريب بين النصوص :

يستطيع المفسر أن يقرب بين النصوص حتى يصل إلى المعنى المقصود من النص ، ذلك أن النصوص القانونية يكمل بعضها البعض . وعن طريق هذه الوسيلة يمكن أن تفسر بعض النصوص مجمل البعض الآخر ، أو أن تقيد مطلقها ، كما أن منها ما ينسخ الآخر .

ومثال ذلك ما استخلصه علماء الفقه الإسلامى من أن أقل مدة للحمل هى ستة أشهر ، وذلك عن طريق التقريب بين قوله تعالى : " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " (من الآية ١٥ من سورة الأحقاف) ، وقوله تعالى : " وفصاله فى عامين " (من الآية ١٤ من سورة لقمان) ، فالآية الأولى قررت أن مدة الحمل والفطام معا ثلاثون شهرا ، والثانية قررت أن مدة الفطام وحده عامين (أى أربعة وعشرون شهرا) ، فيستخلص من التقريب بينهما أن المدة الباقية من الثلاثين شهرا ، وهى ستة أشهر ، تكون هى أقل مدة للحمل .

---

[٣٩] نقض مدنى ٢٩ مايو ١٩٨٠ ، فى الطعن رقم ١٣٩٢ ، س ٤٧ ق .

٣ – الأعمال التحضيرية :

ويقصد بها مجموعة الوثائق التى تدون فيها المناقشات التى دارت أثناء دراسة التشريع وإقراره . وهى تعتبر من الوسائل الهامة للتعرف على إرادة المشرع .

وعلى الرغم من ذلك إلا أنه يجب الحذر عند اللجوء إلى هذه الوسيلة من وسائل التفسير ، فقد يوجد فى الأعمال التحضيرية بعض الأخطاء ؛ فلا يجب التقيد بها ، حيث أن الآراء التى تتضمنها هذه الأعمال لا تعدو أن تكون اجتهادات شخصية ، قد تصيب وقد تخطئ . كما أن الأعمال التحضيرية قد تتضمن إشارات عديدة إلى مشروع القانون (المشروع التمهيدى له) ، ومن المعروف أن نصوص هذا المشروع لا تظل ثابتة ، وإنما قد تعدل أو تلغى فيما بعد .

٤ – المصادر التاريخية [٤٠] :

يقصد بالمصدر التاريخى ذلك القانون الذى استقى منه المشرع أحكامه فى ضوء التطبيق القضائى والتفسير الفقهى له وقت وضع التشريع محل التفسير .

وتتمثل المصادر التاريخية للقانون المصرى فى مصدرين :

---

[٤٠] يقرر البعض عدم دقة هذا الاصطلاح ، وأن الأقرب للدقة هو اعتبارها " سوابق تاريخية " باعتبارها تعبر عن حالة القانون فى الوقت الذى تم فيه وضع القانون . راجع : سمير تناغو ، المرجع السابق ، بند ٢٦٤ ، ص ٧٦٧ .

(أ) الشريعة الإسلامية : حيث تعتبر مصدرا تاريخيا للكثير من أحكام القانون المدنى ، وبوجه خاص مسائل المعاملات ، كالشفعة وبيع المريض مرض الموت ، ولذلك يتعين الرجوع إليها عند وجود غموض فى أحد نصوص هذا القانون ، إذا كان قد أخذ عنها .

(ب) القانون الفرنسى : وهو يعتبر كذلك من المصادر التاريخية للقانون المصرى ، ويتعين اللجوء إليه عند وجود غموض فى أى نص قانونى مأخوذ عنه ، وذلك عن طريق الرجوع إلى النص الأصلى المحرر باللغة الفرنسية .

المبحث الثالث

حالة عدم وجود نص

٩٢ - تمهيد :

قد يحدث أن يعرض نزاع على القاضى ، ولا يجد نصا فى القانون يعالج هذا النزاع ، وفى هذه الحالة يمتنع على القاضى أن يعرض عن الفصل فى النزاع بحجة عدم وجود نص فى القانون يحكمه ، وإلا كان منكرا للعدالة . ويختلف الأمر فى هذه الحالة بحسب ما إذا كنا بصدد نزاع فى نطاق القانون الجنائى ، أو فى نطاق القانون المدنى .

٩٣ - أولا - فى نطاق القانون الجنائى :

يتقيد القاضى فى نطاق القانون الجنائى بالمبدأ المقرر من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ولذلك إذا لم يجد القاضى الجنائى نصا يجرم الفعل المعروض أمامه ، ويعاقب عليه ، فلا يجوز له أن يقضى بإدانة الشخص المنسوب إليه هذا الفعل ، مهما كان هذا الفعل مستهجنا اجتماعيا ، حتى ولو كان يتعارض مع النظام العام والآداب .

فلا يجوز للقاضى أن يلجأ إلى العرف أو قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى فى مجال التجريم ، كما لا يمكنه الاستناد إلى القياس فى مجال الجرائم والعقوبات ، لأنه ليس من عمل القاضى أن يحدد جرائم ، أو أن يقرر عقوبات .

ولذلك رفضت المحاكم قياس جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة النصب ، والتى لم يرد نص بها ، على جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة السرقة المعاقب عليها بالمادة ٣٢٢ من قانون العقوبات رغم التشابه بين

الجريمتين ، مما دفع المشرع إلى التدخل بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٧ الذى استبدل بالمادة ٣٢٢ المادة ٤٤ مكررا ، حيث نص فيها على أن " كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جناية أو جنحة مع علمه بذلك يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تزيد على سنتين " .

وعلى الرغم من ذلك إلا أن ذلك لا يعنى أن يقف القاضى الجنائى عاجزا أمام مثل هذه الأفعال ، إذ يمكنه اللجوء إلى وسائل التفسير المختلفة حتى يتمكن من مواجهة النشاط الإجرامى فى كافة صوره . وقد استطاعت المحاكم أن تواجه العديد من الحالات ، مثل سرقة التيار الكهربائى ، حيث اعتبرت التيار الكهربائى منقولا ، وبالتالى تشمله العقوبات المنصوص عليها فى جريمة السرقة إذا قام شخص بسرقته .

٩٤ - ثانيا - فى نطاق القانون المدنى :

إذا عرض نزاع على القاضى المدنى ، ولم يجد نصا فى القانون يحكمه ، تعين عليه اللجوء إلى مصادر القانون الأخرى بحسب الترتيب الذى أوردته المادة الأولى من القانون المدنى ، حيث نصت على أنه " ... فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " .

الباب الرابع

تطبيق القانون

٩٥ - تقسيم :

تقتضى موضوع تطبيق القانون التعرض لمسألتين ، الأولى تحديد نطاق تطبيق القانون ، سواء من حيث المكان ، أو من حيث الزمان . والثانية هى إلغاء القانون . وسنعرض لكل منها فى فصل مستقل .

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

نتناول نطاق تطبيق القانون سواء من حيث المكان ، أو من حيث الزمان ، فى مبحثين مستقلين ، كالتالى .

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

٩٦ - وضع المشكلة :

يحدث فى الواقع العملى كثيرا أن تنشأ علاقات بين أفراد ينتمون إلى أكثر من دولة ، كأن يتزوج مصرى مقيم فى ألمانيا من فتاة فرنسية ، فيثور التساؤل فى مثل هذه الحالات عن القانون واجب التطبيق ، فهل يطبق قانون الزوج (القانون المصرى) أم قانون الزوجة (القانون الفرنسى) أم قانون البلد الذى أبرم فيه الزواج (القانون الألمانى) .

وقد ساهم التطور الاقتصادى والاجتماعى وسهولة التنقل بين الدول بقدر كبير فى قيام علاقات ذات عنصر أجنبى ، فلم تعد المعاملات فى بلد ما مقتصرة على مواطنيها ، بل كثيرا ما تبرم عقود وتنشأ علاقات بين هؤلاء وبين أفراد ينتمون لدول أخرى .

من هنا ظهرت مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان ، وقد طرح لحل هذه المشكلة مبدآن حاول أنصار كل منهما الانتصار له على حساب الآخر ، وهذان المبدآن هما مبدأ إقليمية القوانين ، ومبدأ شخصية القوانين ، ويعتبر المبدأ الأول هو القاعدة فى القانون المصرى ، بينما يشكل المبدأ الثانى الاستثناء .

٩٧ - القاعدة العامة - مبدأ إقليمية القوانين :

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين أن تطبيق القانون يشمل كل المقيمين على إقليم الدولة من وطنيين وأجانب ، وأنه لا يجاوز فى تطبيقه حدود الدولة .

ويتضح من هذا التعريف أن مبدأ إقليمية القوانين يتكون من شقين : الأول إيجابى وهو أن القانون يمتد ليس فقط إلى الوطنيين المقيمين بالدولة ، وإنما كذلك إلى الأجانب المقيمين بها . والثانى سلبى وهو أن القانون لا يمتد إلى خارج حدود الدولة ، فلا يطبق لا على الوطنيين ولا على الأجانب المقيمين خارج إقليم الدولة .

ويقوم هذا المبدأ على أساس سيادة الدولة ، باعتبار أن تطبيق القانون على جميع المقيمين بإقليم الدولة ، وعدم السماح بتطبيق أى قانون آخر ، هو أهم مظاهر سيادتها ، وهو ما يفسر عدم امتداد هذا القانون خارج حدود الدولة ، وإلا كان فى ذلك اعتداء على سيادة دولة أخرى .

ولذلك فقد ساد هذا المبدأ الكثير من الدول تحت تأثير اعتبارات سيادة الدولة .

ولمبدأ إقليمية القوانين تطبيقات عديدة فى فروع القانون المختلفة : ففى مجال قانون العقوبات ، نجد أن الأصل فى تطبيقه هو مبدأ إقليمية القوانين ، وقد نصت على ذلك المادة الأولى من هذا القانون بقولها : " تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه " ، ويرد على هذا الأصل بعض الاستثناءات التى أوردتها المادة الثانية من هذا القانون .

وأما القانون الدستورى فلا يجاوز تطبيقه حدود الدولة ، مع استثناء الأجانب من التمتع ببعض الحقوق السياسية والعامة ، كالحق فى الانتخاب والترشيح ، وحق تولى الوظائف العامة ، كما أنهم لا يكلفون ببعض الواجبات التى تفرض على الوطنيين كالتكليف بأداء الخدمة العسكرية .

أيضا فإن القانون الإدارى يطبق على إقليم الدولة فقط ، ولا يمكن أن يمتد ليطبق خارج إقليم الدولة .

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المالى فهو يطبق كذلك وفقا لمبدأ إقليمية القوانين ، حيث يسرى على كل من يمارس نشاطا ماليا على إقليم الدولة ، سواء كان وطنيا أو أجنبيا ، مع ملاحظة وجود بعض الاستثناءات الخاصة ببعض الإعفاءات الضريبية المقررة لمصلحة الأجانب لاعتبارات المعاملة بالمثل أو الصالح العام .

وأخيرا فإنه بالنسبة للقانون الدولى العام فإنه يعد من أهم الاستثناءات على مبدأ إقليمية القوانين ، حيث جرى العرف الدولى على استثناء رؤساء الدول الأجنبية الموجودين على إقليم الدولة والدبلوماسيين الأجانب وأسرهم وأفراد السلك السياسى بوجه عام من الخضوع للقانون الوطنى ، وهو ما يعرف بالحصانة الدبلوماسية . وغنى عن الذكر أن هذا الاستثناء يخضع لمبدأ المعاملة بالمثل ، بحيث يتمتع الدبلوماسيون المصريون بذات الحصانة لدى الدول الأجنبية .

٩٨ – الاستثناء – مبدأ شخصية القوانين :

يعتبر مبدأ شخصية القوانين استثناء على مبدأ إقليمية القوانين ، وهو يعنى أن قانون الدولة ينطبق على مواطنيها سواء كانوا مقيمين بإقليم الدولة أو خارجها ، ومن ناحية أخرى لا ينطبق على الأجانب سواء كانوا مقيمين بالدولة أم لا . وبعبارة أخرى فإن مبدأ شخصية القوانين يعنى أن قانون الدولة لا يرتبط فى تطبيقه بإقليم الدولة ، وإنما يرتبط بمواطنى الدولة فيتبعهم أينما كانوا .

ويستند هذا المبدأ إلى اعتبارات سيادة الدولة ، إذ أن من مظاهر هذه السيادة أن يطبق قانون الدولة على مواطنيها فى أى مكان أقاموا فيه .

وقد اقتضت الضرورة العملية ومبدأ المعاملة بالمثل الأخذ بمبدأ شخصية القوانين كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين ، لا سيما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ذات العنصر الأجنبى ، كالزواج والطلاق والنفقة والأحكام الخاصة بالوصاية والولاية والقوامة والميراث والوصية ، فيطبق القانون الأجنبى على إقليم الدولة فى هذا الخصوص وفقا لما يعرف " بقواعد الإسناد " ، إذ أن كل

قانون وطنى يتضمن هذه القواعد ، وهى تسمح بتطبيق القانون الأجنبى على إقليم الدولة التى يقيم بها ، كما هو فى المثال سابق الإشارة (زواج مصرى مقيم فى ألمانيا من فتاة فرنسية) ، فقد تؤدى قواعد الإسناد فى قوانين هذه الدول إلى تطبيق قانون أجنبى على إقليم دولة أخرى .

وقد أخذ بهذا المبدأ فى أول الأمر على أساس المجاملة الدولية ، استنادا إلى مبدأ المعاملة بالمثل ، إلا أنه استند فيما بعد إلى اعتبارات المصلحة والعدالة التى تقتضى تطبيق القانون الأكثر اتصالا بالعلاقة القانونية ، ولو كان قانونا أجنبيا .

المبحث الثانى

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

٩٩ - وضع المشكلة :

من المقرر أن القانون يصدر ليطبق بأثر فورى وليس بأثر رجعى ، أى ليسرى على الوقائع اللاحقة على صدوره وليست السابقة عليه .

وقد يحدث أن يصدر القانون ويظل ساريا ونافذا ثم يتعرض للإلغاء ، ليحل محله قانون جديد ينظم ذات المراكز القانونية التى كان يحكمها القانون القديم .

وهنا يثور التساؤل عن الحد الزمنى الفاصل بين تطبيق كل من القانون القديم والقانون الجديد ، وبعبارة أخرى يلزم تحديد الحالات التى تخضع للقانون القديم وتلك التى تخضع للقانون الجديد .

وهذه المشكلة ، التى تعرف بمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان ، تظهر بالتحديد بخصوص المراكز القانونية المستمرة التى تستغرق فترة من الزمن لإحداث أثرها ، ومثالها عقد الإيجار ، الذى يعد من العقود الزمنية أو العقود المستمرة ، فلو فرضنا أن عقد الإيجار أبرم فى أول يناير ٢٠٠١ ، وكانت مدته سنتين ، ثم صدر قانون جديد أثناء هذه المدة ، فأى القانونين يطبق على الإيجار ، هل القانون القديم أم القانون الجديد ؟ .

وإزاء هذه المشكلة فإنه يثور التساؤل عن كيفية حلها ، وقد يكون هذا الحل إما عن طريق التدخل التشريعى ، وإما عن طريق مبدأ عدم رجعية القوانين :

١٠٠ - أولا - الحلول التشريعية :

الأصل أن يتولى المشرع بنفسه حل هذه المشكلة فى القانون الجديد عن طريق النص فيه على " الأحكام الانتقالية " وهى الأحكام التى تحدد نطاق تطبيق كل من القانون القديم والقانون الجديد من حيث الزمان .

وقد وضع المشرع المصرى العديد من الحلول التشريعية لبعض مشاكل تنازع القوانين ، وقد امتدت هذه الحلول إلى العديد من فروع القانون ، وفيما يلى نعرض لأحد هذه الأمثلة :

١٠١ - الحلول التشريعية للمشكلة فى نطاق القانون المدنى :

وردت بالقانون المدنى بعض الحلول المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ، فيما يتعلق بالأهلية والتقادم وأدلة الإثبات (المواد من ٦ إلى ٩ من القانون المدنى) . ونكتفى فى هذا المقام ببيان أحد هذه الأمثلة والمتعلق بالأهلية .

١٠٢ - نص المادة ٦ من القانون المدنى بشأن الأهلية :

تنص هذه المادة على أن " (١) النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص . (٢) وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية ، بحسب نصوص قديمة ، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة " .

فهذا النص يتناول الفرض الذى يرفع فيه القانون الجديد سن الرشد ، وذلك عندما يكون هناك شخص كامل الأهلية فى ظل قانون قديم ، ثم يصبح هذا الشخص قاصرا فى ظل قانون جديد ، كأن يكون سن الرشد فى القانون القديم

١٨ سنة ، فيكون من بلغ هذا السن رشيدا ، ثم يصدر قانون يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة ، مما يترتب عليه أن يعود الشخص قاصرا ، فيثور التساؤل عن حكم تصرفات هذا الشخص فى الفترة بين بلوغه سن ١٨ سنة وقبل صدور القانون الجديد .

وقد تولى نص المادة السادسة فى فقرته الثانية حل هذه المشكلة ، حيث أخضع التصرفات الصادرة عن الشخص فى هذه الفترة للقانون القديم ، ومن ثم صادرة عن شخص كامل الأهلية .

وبالمقابل فلم يتعرض هذا النص للفرض الذى يخفض فيه القانون الجديد سن الرشد ، وذلك عندما يكون سن الرشد فى ظل القانون القديم ٢١ سنة ، ثم يصبح ١٨ سنة فى ظل القانون الجديد ، ويكون الشخص قد بلغ سن العشرين ، فإنه يثور التساؤل عن حكم التصرفات التى تصدر عنه فى هذا السن ، هل يعتبر الشخص كامل الأهلية وفقا للقانون الجديد ، أم ناقص الأهلية وفقا للقانون القديم ، ويختلف الحل فى هذه الحالة بحسب المبدأ الذى نأخذ به ، فالأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين يترتب عليه اعتبار التصرفات صادرة عن ناقص الأهلية فى الفترة السابقة على نفاذ القانون الجديد ، أما الأخذ بمبدأ الأثر الفورى للقانون فيترتب عليه اعتبار التصرفات صادرة عن كامل الأهلية .

١٠٣ – ثانيا – مبدأ عدم رجعية القوانين :

نعرض فيما يلى لمضمون مبدأ عدم الرجعية ، ثم لمبرراته ، وأخيرا لنطاقه .

١٠٤ – مضمون المبدأ :

يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على صدوره ، وسريانه على للوقائع اللاحقة على صدوره فقط . وهو ما يعنى أن القانون يسرى بأثر فورى منذ تاريخ صدوره ، وليس بأثر رجعى سابق على هذا التاريخ .

١٠٥ – مبررات المبدأ :

يقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على عدة مبررات أساسية هى المنطق والعدالة والمصلحة العامة للمجتمع .

(١) **المنطق** : يقضى المنطق بأن يسرى القانون بالنسبة إلى المستقبل ، وليس إلى الماضى ، فلا يتصور أن يصدر القانون لينظم سلوك الأفراد السابق على صدوره ، أو يواجه وقائع حدثت قبل صدوره .

(٢) **العدالة** : تفترض العدالة ألا يحاسب شخص على فعل سابق على صدور القانون ، وبالعكس تقتضى أن يحاسب عما هو صادر ونافذ من القوانين ، فلو أتى شخص فعلا وكان مباحا ، ثم صدر قانون يعاقب على هذا الفعل ، فليس من العدالة محاسبة هذا الشخص ، لأن الفعل الذى ارتكبه كان مباحا قبل صدور القانون .

(٣) **المصلحة العامة للمجتمع** : يحقق مبدأ عدم رجعية القوانين ، المصلحة العامة للمجتمع ، حيث يؤدى إلى استقرار المعاملات ، وتحقق الثقة بين أفراد المجتمع فى التعامل ، لأن كل فرد سيكون مطمئنا إلى أن ما يقوم به من أعمال مباحة لن يحاسب عليها إذا صدر قانون وعاقب عليها ، إذ يقتصر أثر

هذا القانون على المستقبل فقط ، فيسود الاستقرار بين أفراد المجتمع ، وذلك على العكس فيما لو كان القانون يطبق بأثر رجعى ، إذ لا شك فى هذه الحالة سيسود الاضطراب فى المجتمع بين الأفراد ، لأنه قد يترتب على ذلك أن تصبح تصرفات الأفراد التى أبرموها صحيحة فى ظل قانون سابق ، تصرفات غير صحيحة ، نتيجة للأثر الرجعى للقانون الجديد .

١٠٦ – نطاق المبدأ :

نصت المادة ١٨٧ من الدستور على مبدأ عدم رجعية القوانين بقولها : " لا تسرى القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز ، فى غير المواد الجنائية ، النص فى القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية مجلس الشعب " .

ويتضح من هذا النص أنه قرر قاعدة عدم سريان القانون إلا بالنسبة للمستقبل فقط ، دون الماضى ، ثم أورد استثناء على هذه القاعدة ، حيث أجاز للمشرع ، فى غير المواد الجنائية ، الخروج على هذه القاعدة ، وهو استثناء دستورى ، ويضاف إلى هذا الاستثناء القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، وهو استثناء قانونى وارد فى المادة ٥ من قانون العقوبات .

(الاستثناء الدستورى) إجازة النص الصريح على الرجعية فى غير المواد الجنائية :

كما أشرنا ، فقد ورد هذا الاستثناء فى المادة ١٨٧ من الدستور ، حيث أجاز المشرع النص صراحة على تطبيق القانون بأثر رجعى .

وسلطة المشرع بخصوص هذا الاستثناء تقتصر على ما عدا المواد الجنائية ، أما بالنسبة لهذه الأخيرة ، فيطبق بشأنها مبدأ عدم رجعية القوانين بصورة مطلقة .

ويشترط فى التشريع الذى ينص على تطبيقه بأثر رجعى ، وفقا لهذا الاستثناء ، أن يصدر بأغلبية خاصة ، هى أغلبية أعضاء المجلس جميعا ، وليست أغلبية الحاضرين فحسب .

ونظرا إلى أن سلطة المشرع على النص على تطبيق القانون فى غير المواد الجنائية ، استثناء على مبدأ عدم الرجعية ، فلا يجوز التوسع فى هذا الاستثناء ، وعدم اللجوء إليه ، إلا إذا كانت هناك ضرورة تقتضيها المصلحة العامة للمجتمع .

ويلاحظ أخيرا أن تقرير الأثر الرجعى لا يكون إلا بقانون صادر عن مجلس الشعب ، فلا يجوز أن يرد النص فى لائحة على تطبيقها بأثر رجعى ، حيث لا يجوز أن يكون لهذه الأخيرة أى أثر رجعى ، ولو نص فيه على ذلك .

(الاستثناء الوارد فى قانون العقوبات) القانون الجنائى الأصلح للمتهم :

وفقا لنص المادة ٥ من قانون العقوبات ، فإنه إذا صدر قانون جنائى أصلح للمتهم ، فإنه يطبق بأثر رجعى استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين .

وهو استثناء لا يتعارض مع المبررات التى يستند إليها مبدأ عدم الرجعية ، ذلك أنه إذا ارتكب شخص فعلا يمثل جريمة فى ظل قانون يقرر عقوبة شديدة على هذا الفعل ، ثم صدر قانون جديد يبيح هذا الفعل ، أو يقرر

عقوبة أخف له ، فإن هذا يعنى أن المشرع قد قدر أن المصلحة العامة تقتضى إباحة هذا الفعل ، أو تقرير عقوبة مخففة له ، وبالتالى لا يكون من العدالة أن يكون هناك تمييز بين من يرتكب هذا الفعل فى ظل القانون القديم ، ويعاقب على أساس هذا القانون ، ومن يرتكب ذات الفعل فى ظل القانون الجديد ، دون أن يناله عقاب على أساس أن القانون الجديد يبيح هذا الفعل ، فكان لابد من أن ينصرف القانون الجنائى الجديد إلى الماضى ليستفيد منه المتهم .

ويميز نص المادة ٥ من قانون العقوبات فى هذا الصدد بين صورتين ، يكون القانون الجنائى الجديد فيهما أصلح للمتهم :

الصورة الأولى – إباحة القانون الجديد الفعل :

فإذا أباح القانون الجديد الفعل بعد أن كان معاقبا عليه ، فإن المتهم يفيد منه ، ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى (ويكون الحكم نهائيا ، إذا كان قد استنفد كل طرق الطعن العادية ، وهى المعارضة والاستئناف ، أو حتى غير العادية ، وهى النقض) . فيستوى لإفادة المتهم من هذا القانون أن يصدر قبل الحكم النهائى أو بعده .

الصورة الثانية – تخفيف القانون الجديد العقوبة :

فى هذه الصورة يبقى الفعل المرتكب معاقبا عليه ، ولكن يقرر له القانون الجديد عقوبة أخف من تلك التى كان يقررها القانون القديم ، كأن يكون الفعل معاقبا عليه بالحبس ثلاث سنوات ، فيقرر القانون له عقوبة الحبس مدة سنة فقط . ويشترط لإفادة المتهم من هذا القانون ألا يكون قد صدر ضده حكم

نهائى ، فإذا كان قد صدر ضده حكم نهائى ، فلا يفيد من القانون الجديد رغم أنه أصلح له .

قيد على استثناء القانون الجنائى الأصلح للمتهم (بالنسبة للقوانين المؤقتة) :

لا يسرى الاستثناء الخاص بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، على القوانين المؤقتة بمدة معينة ، أو التى دعت إلى إصدارها ظروف طارئة ، متى انقضت تلك المدة أو زال الظرف الطارئ . ومن أمثلة هذه القوانين المؤقتة بمدة معينة ، تلك التى تحدد أسعار بعض السلع خلال مدة معينة ، وتقدر عقوبات على من يخالفها .

ويبرر ذلك أنه إذا صدر قانون مؤقت يجرم بعض الأفعال لمدة معينة ، أن تطبيق رجعية القانون الجنائى الأصلح للمتهم سوف يفضى إلى براءة كل من يرتكب هذه الأفعال أثناء سريان القانون المؤقت ، وهو ما يؤدى إلى استهانة الأفراد بهذا القانون ومخالفته ، لأنهم يضعون فى اعتبارهم أنه قد لا تتم محاكمتهم ، إلا بعد أن تنقضي المدة المؤقتة للقانون ، وبالتالى سيفيدون من الأثر الرجعى للقانون الجنائى الأصلح للمتهم .

الفصل الثانى

إلغاء القانون

١٠٧ – تعريف :

يقصد بإلغاء القانون إنهاء العمل به ، برفع قوته الملزمة . وبعبارة أخرى ، تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة ، بحيث لا يصبح لها وجود قانونى ، سواء باستبدالها بقاعدة أخرى ، أو الاستغناء عنها دون أن تحل محلها قاعدة قانونية أخرى .

ولا يملك سلطة إلغاء القانون إلا السلطة التى وضعته ، أو سلطة أعلى منها ، ولذلك لا يجوز للتشريع الفرعى (اللائحة) أن يلغى القانون ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يلغى الدستور ، لأن أحكام الدستور لا يلغيها إلا السلطة التى وضعت الدستور نفسه .

١٠٨ – أنواع الإلغاء :

وفقا للمادة الثانية من القانون المدنى ، ينقسم إلغاء القانون إلى نوعين ، إلغاء صريح ، وإلغاء ضمنى ، ونتناول فيما يلى هذين النوعين .

١٠٩ – أولا – الإلغاء الصريح :

يكون الإلغاء صريحا إذا ورد نص فى تشريع لاحق ، يقضى صراحة بإلغاء العمل بحكم تشريع سابق ، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى من أنه " يلغى القانون المعمول به أمام المحاكم الوطنية ، والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ،

والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة ، والصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٥ ، ويستعاض عنها بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون " .

١١٠ - ثانيا - الإلغاء الضمنى :

يكون الإلغاء ضمنيا إذا كان هناك تعارض بين أحكام التشريع الجديد وأحكام التشريع القديم ، أو إذا صدر تنظيم جديد لنفس الموضوع السابق .

(١) وجود تعارض بين أحكام التشريع الجديد وأحكام التشريع القديم :

إذا صدر التشريع الجديد متضمنا أحكاما تتعارض مع أحكام التشريع القديم تعين التوفيق بينهما إذا أمكن ذلك ، فإن تعذر هذا التوفيق اعتبر أن الجديد قد ألغى القديم . أى أنه يشترط لإلغاء القانون القديم نتيجة التعارض مع القانون الجديد استحالة التوفيق بينهما . لكن يجب لتطبيق هذا الحكم أن يكون التعارض تاما بين القاعدتين ، بحيث يتعذر تطبيقهما معا فى آن واحد . أما إذا كان التعارض جزئيا ، أى فى بعض الأحكام دون البعض الآخر ، فإن الإلغاء لا يكون إلا بالنسبة للجزء الذى يوجد فيه التعارض .

ويتحقق التعارض بين القانون الجديد والقانون القديم فى عدة فروض :

أ - أن يقع التعارض بين حكم عام فى القانون الجديد وحكم عام فى القانون القديم : وفى هذا الفرض يعتبر القانون القديم ملغى كلية .

ب - أن يقع التعارض بين حكم خاص فى القانون الجديد وحكم خاص فى القانون القديم : وفى هذا الفرض أيضا يعتبر القانون القديم ملغى كلية .

ج – أن يقع التعارض بين حكم خاص فى القانون الجديد وحكم عام فى القانون القديم : وهنا أيضا يلغى الحكم الجديد الحكم القديم ، ومثال ذلك أن يوجد قانون ينظم مسألة تتعلق بمركز موظفى الدولة ، ثم يصدر قانون ينظم هذه المسألة على نحو آخر بالنسبة لفئة خاصة من أفراد المجتمع كأساتذة الجامعات وأعضاء الهيئات القضائية .

د – أن يقع التعارض بين حكم عام فى القانون الجديد وحكم خاص فى القانون القديم : وهنا لا يلغى القانون القديم ، وإنما يظل معمولا به كاستثناء على الحكم العام الوارد فى القانون الجديد . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى الصادر سنة ١٩٤٨ من أن الملكية والحق العينى ينتقلان بمجرد الاتفاق ، فهذا الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص الوارد فى قانون الشهر العقارى الصادر سنة ١٩٤٦ ، والذى يشترط الشهر لانتقال الملكية والحق العينى بالنسبة للعقارات ، ولذلك يظل معمولا بهذا الحكم الخاص كاستثناء وارد على الحكم العام الوارد بالقانون المدنى .

(٢) صدور تنظيم جديد لنفس الموضوع السابق :

قد يقع التعارض كذلك إذا تضمن القانون الجديد تنظيما جديدا لموضوع ينظمه القانون القديم ، دون أن ينص صراحة على إلغاء القانون القديم ، فيكون الإلغاء هنا ضمنيا وليس صريحا ، ويعتبر القانون القديم فى هذه الحالة قد ألغى جملة وتفصيلا .

وهذه الصورة الثانية لها أهمية خاصة إلى جانب الصورة الأولى ، لأن التشريع السابق يلغى كلية ، دون اعتبار لما إذا كانت بعض قواعده تتعارض أو

لا تتعارض مع التشريع الجديد ، وذلك على العكس من الصورة الأولى ، حيث لا يلغى من التشريع السابق إلا ما كان متعارضا من أحكامه مع التشريع الجديد .

الكتاب الثانى
نظرية الحق

١١١ - خطة الدراسة :

الباب الأول : تعريف الحق وأنواعه .

الفصل الأول : تعريف الحق .

الفصل الثانى : أنواع الحقوق .

الباب الثانى : أركان الحق .

الفصل الأول : أشخاص الحق .

الفصل الثانى : محل الحق .

الباب الثالث : نشوء الحق واستعماله وانقضاؤه .

الفصل الأول : مصادر الحق .

الفصل الثانى : إثبات الحق واستعماله وانقضاؤه .

الباب الأول

تعريف الحق وأنواعه

١١٢ - تقسيم :

نتناول فى فصلين متتاليين تعريف الحق ثم أنواعه .

الفصل الأول

تعريف الحق

١١٣ - صعوبة تعريف الحق :

ظهرت اتجاهات شتى تحاول تعريف الحق يمكن ردها إلى اتجاهين ، الأول وهو المذاهب الأولى فى تعريف الحق ، أو ما يطلق عليه أنصار فكرة الحق ، وقد انقسم أنصار هذا الاتجاه إلى ثلاث مذاهب هى :

(أ) المذهب الشخصى ، وينظر هذا المذهب إلى الحق من ناحية صاحبه . ولذا يعرف الحق ، وفقا لهذا المذهب ، بأنه قدرة أو سلطة إرادية تثبت لصاحب الحق .

(ب) المذهب الموضوعى ، وينظر هذا المذهب إلى الحق ، خلافا لسابقه ، لا من ناحية صاحبه ، بل من ناحية محله أو موضوعه أو المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها . ولذا يعرف الحق وفقا لهذا المذهب بأنه مصلحة يحميها القانون .

(ج) المذهب المختلط ، ويجمع هذا المذهب فـي تعريـف الحـق بـين المذهبين الشخصى والموضوعى ، حيث يرى أن للحق طبيعة مركبة ، ومن ثـم فإنه يعد قدرة أو سلطة إرادية ، وفى ذات الوقت مصلحة يحميها القانون .

أما الاتجاه الثانى فى تعريف الحق فهو ما اتجه إليه الفقه الحـديث مـن التركيز على أحد العناصر المميزة للحق ، وهو عنصر الاستئثار .

ويرتبط بتعريف الحق تمييزه عن أى فكرة أخرى قريبة الشبه به ، وهـو ما يدعونا إلى تمييزه عن كل من الواجب والرخصة .

١١٤ - تقسيم :

نتناول فيما يلى دراسة هذه المذاهب والاتجاهات المختلفة فـي تعريـف الحق ، من خلال استعراضها وبيان أوجه النقد التى وجهـت إلـى كـل منهـا ، وننتهى بعد ذلك إلى التعريف المختار للحق . ثم نميز بعد ذلك بين الحق وغيـره من المفاهيم الأخرى التى قد تختلط به وذلك من خلال ثلاثة مباحث .

المبحث الأول

الاتجاهات الأولى فى تعريف الحق

١١٥ – أولا – المذهب الشخصى أو مذهب الإرادة :

يعد هذا المذهب من أقدم المذاهب في تعريف الحق ، وقد تزعمه فقيهان ألمانيان هما سافينى ووينذشيد .

ويرى أنصار هذا المذهب أن إرادة صاحب الحق هى العنصر المميز للحق ، ولذا يعرفونه بأنه " قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين فى نطاق محدود " .

على أنه يلاحظ أن هذه القدرة الإرادية لا يمنحها الشخص لنفسه وإنما يخوله القانون إياها ، فالقانون ، فى تنظيمه للعلاقات الفردية ، هو الذى يرسم لكل شخص مجالا تتحرك فيه إرادته استقلالا عن الإرادات الأخرى ، وهو ما يترتب عليه وجود الحق ، مثال ذلك ما يضعه القانون من قواعد تتعلق بالملكية ، سواء من حيث اكتساب الملكية أو انتقالها أو حمايتها ، فالقانون هو الذى يخول الشخص هذه القدرة الإرادية ، ولا يكون الشخص صاحب حق إلا إذا كانت إرادته فى حدود القانون ، أما إرادته المجردة فلا تخوله هذه القدرة . ولذلك فإذا أراد شخص أن ينشئ حق ملكية ، عليه سلوك الطريق الذى رسمه القانون ، والحال كذلك فى الحماية .

وبهذا التصوير الشخصى للحق ، يقترب هذا المذهب من مبدأ سلطان الإرادة الذى تتمتع الإرادة فى ظله بسلطة إنشاء الحقوق وتعديلها وإنهائها .

١١٦ – النتائج المترتبة على الأخذ بالمذهب الشخصى فى تعريف الحق :

ويؤدى هذا التصوير الشخصى للحق إلى عدة نتائج ، يمكن أن نوجزها فيما يلى :

١ – أن لإرادة صاحب الحق قدرة وسلطة مزدوجة ، فهى من ناحية تجيز له إلزام الغير باحترام واجباته تجاه صاحب الحق ، ومن ناحية أخرى تخوله مكنات معينة على محل الحق .

٢ – يكون العقد ، وفقا لهذا التصوير الشخصى للحق ، هو المصدر الأساسى للحقوق والالتزامات ، ولا يكون لغيره من المصادر سوى دور ثانى .

٣ – التأكيد على مبدأ الحرية التعاقدية ، والذى تحدد الإرادة بمقتضاه مضمون الالتزامات العقدية ، والآثار القانونية الناشئة عنه ، دون ثمة قيود ، ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب .

١١٧ – نقد المذهب الشخصى فى تعريف الحق :

وقد تعرض هذه الاتجاه لانتقادات عديدة ، فهو من ناحية أولى ربط بين الحق والإرادة حيث يرى أن الحق قدرة إرادية ، مع أن الحق قد يثبت للشخص دون أن تكون له إرادة ، كالصبى غير المميز والمجنون ، كما قد يثبت الحق للشخص دون علمه أو تدخل من إرادته ، كالغائب والموصى له والوارث والمستفيد من عقد التأمين ، بل إن هناك من الحقوق ما يثبت للشخص حتى ولو لم يردها مثل حقوق الآباء على الأبناء والعكس .

ومن ناحية أخرى يخلط هذا المذهب بين وجود الحق واستعماله ، فالحق يوجد ولو دون إرادة ، فكل من الصبى والمجنون يستطيع التمتع بالحق لأنه يثبت لكل منهما دون إرادة ، ولذا ينبغى عدم الخلط بين وجود الحق وبين مباشرته ، فالإرادة تلزم بالنسبة لمباشرة الحق ، ولا تلزم بالنسبة لوجوده ، وقد يباشر الشخص بنفسه هذا الحق ، وقد تنعدم إرادته فيباشر الغير ذلك .

١١٨ – ثانيا – المذهب الموضوعى أو نظرية المصلحة :

وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الألمانى " إهرنج " ، وهو يعرف الحق بأنه مصلحة مشروعة يحميها القانون ، ويقوم هذا التعريف على عنصرين : الأول عنصر جوهرى يتصل بالغاية التى يرمى الحق إلى تحقيقها ، وتتمثل هذه الغاية فى المصلحة ، والثانى عنصر شكلى يتصل بحماية هذه المصلحة . فكل حق يعد مصلحة ، وكل مصلحة يجب أن تتوافر لها الحماية ، وتتحقق هذه الأخيرة عن طريق الدعوى ، إذ كل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الحق إلى إدراكها .

إذا فجوهر الحق لدى هذه النظرية ليس فى الإرادة ، كما هو الحال لدى النظرية الشخصية ، ولكن فى المصلحة أو الفائدة التى تعود على شخص معين .

والمصلحة التى يرمى إليها الحق قد تكون مصلحة مادية أو أدبية . ومثال المصلحة المادية ، المصلحة أو المنفعة التى تعود على مالك عقار مثلا ، حيث تقوم هذه المصلحة تقويما نقديا . ومثال المصلحة الأدبية مصلحة الشخص فى حماية حقه فى الشرف أو الاعتبار .

١١٩ - نقد المذهب الموضوعى فى تعريف الحق :

تعرضت هذه النظرية لانتقادات من نواح عدة ، فمن ناحية أولى تعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق بينما هي ليست كذلك دائما ، فإذا كان كل حق يكون مصلحة ، فالعكس ليس صحيحا دائما ، إذ ليس بالضرورة أن تكون كل مصلحة حقا ، إذ ليست كل مصلحة ترقى إلى مرتبة الحقوق .

ومن ناحية ثانية يؤخذ على هذه النظرية أنها تعرف الحق بالهدف منه ، وهو ما لا يجوز إذ من المسلم به أن يكون تعريف الشئ ، ببيان ماهيته ، فإذا كانت المصلحة هى الهدف والغاية من الحق ، فإن من الخطأ تعريف هذا الأخير بهدفه والغاية منه ، إذ ينبغى أن ينظر فى تعريف الحق إلى ذاته وماهيته ، بصرف النظر عن وظيفته أو الغاية منه .

وأخيرا يؤخذ على هذه النظرية أنها تجعل من الحماية القانونية عنصرا فى الحق ، فالحق ، وفقا لهذه النظرية ، مصلحة محمية ، وعلى الرغم من أهمية عنصر الحماية بالنسبة للحق ، إلا أن هذه الحماية لا تعدو أن تكون مجرد نتيجة تترتب على وجود الحق وتاليه لقيامه ، ومن ثم لا تدخل عنصرا فيه .

١٢٠ - ثالثا - المذهب المختلط :

ظهر مذهب ثالث فى تعريف الحق يجمع بين النظريتين السابقتين ، محاولا تفادى الانتقادات التى وجهت إلى كل منهما ، ويعرف بالمذهب المختلط ، وقد أبرز هذا المذهب فى تعريفه للحق الإرادة من ناحية ، والمصلحة من ناحية أخرى . فإذا كان الحق سلطة أو قدرة إرادية ، فإنه فى الوقت نفسه مصلحة محمية ، وهو ما يعنى الجمع بين عنصرى الإرادة والمصلحة .

وعلى الرغم من أن هذا المذهب حاول الجمع بين هذين العنصرين ، إلا أن الانقسام وقع بين أنصاره حول تغليب أحد العنصرين على الآخر ، فذهب البعض إلى ضرورة اعتبار الإرادة هى العنصر الجوهرى فى الحق ، ومن ثم يكون الحق هو سلطة أو قدرة إرادية تقوم على خدمة مصلحة اجتماعية . بينما ذهب البعض الآخر إلى أن المصلحة ، وليست الإرادة هى العنصر الجوهرى فى الحق ، ومن ثم يكون الحق هو مصلحة شخص أو أكثر ، يحميها القانون ، ويقوم على تحقيقها إرادة معترف بها .

وبصرف النظر عن هذا الخلاف ، فإنه يتبين أن الحق ، وفقا لهذا المذهب المختلط يتراوح بين الإرادة والمصلحة ، لذا يظل العيب الذى وجه إلى النظريتين السابقتين ، وهو عدم تعريف الحق ببيان جوهره وماهيته ، فالحق ليس هو الإرادة ، كما أنه ليس هو المصلحة ، كما أنه ليس الاثنين معا .

المبحث الثانى

الاتجاه الحديث فى تعريف الحق

١٢١ - اتجه الفقه الحديث فى تعريف الحق إلى الكشف عن العناصر المميزة له لتفادى ما وجه من نقد إلى النظريات الثلاث السابقة ، ويتزعم هذا الاتجاه الحديث الفقيه البلجيكى " دابان " .

ويعرف الحق وفقا لهذا الاتجاه بأنه " ميزة يمنحها القانون لشخص ما ، ويحميها بطرق قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به ، بصفته مالكا أو مستحقا له " .

ويمكن القول أن الحق ، وفقا لهذا التعريف ، يقوم على عناصر أربعة تتلخص فى استئثار شخص بشئ أو قيمة معينة ، استئثارا مباشرا أو غير مباشر ، وهو ما يعرف بعنصر الاستئثار أو الاختصاص بشئ أو بقيمة ، هذا الاستئثار من شأنه أن يخول صاحب الحق القدرة على التصرف فى هذا الشئ أو هذه القيمة ، وهو ما يعرف بعنصر التسلط ، يضاف إلى هذا ، وجوب احترام الكافة لاستئثار صاحب الحق وتسلطه ، وأخيرا يلزم توافر وسيلة تكفل هذا الاحترام ، وتتمثل هذه الوسيلة فى فكرة الحماية .

ويساير الفقه المصرى ، هذا الاتجاه الحديث فى تعريف الحق ، وإن كان هذا الفقه يركز عناصر الحق فى عنصرين جوهريين يقوم عليهما هما الاستئثار والحماية . فالحق ، كما يقرر الفقه المصرى هو " استئثار شخص بشئ أو بقيمة ، استئثارا يحميه القانون " .

١٢٢ - العنصر الأول : الاستئثار أو الاختصاص بشئ أو بقيمة :

فالاستئثار ، فى واقع الأمر ، هو جوهر الحق ، ويقصد به انفراد شخص ، دون غيره من الأفراد ، بمزايا شئ أو قيمة .

ويستوى فى هذا الاستئثار أن يكون مباشرا ، أى يكون لصاحب الحق أن يصل إلى هذه المزايا دون تدخل شخص آخر ، وهو ما يصدق على الحقوق العينية ، بحسبانها سلطة معينة لشخص على شئ ، كسلطات المالك على ملكه ، أو أن يكون غير مباشر ، لا يتأتى إلا بتدخل شخص آخر ، وهو ما يصدق على الحقوق الشخصية ، التى تقوم على وجود رابطة بين شخصين ، كعلاقة الدائنية بين الدائن والمدين .

كما يستوى أن ينصب الاستئثار على أشياء مادية كحق الملكية ، أو أشياء معنوية كحق المؤلف والمخترع .

ويختلف نطاق السلطة التى يخولها الاستئثار لصاحب الحق ، بحسب نوع الحقوق التى يقع عليها . فيتسع نطاق تلك السلطات كما فى حق الملكية ، وقد يضيق كما فى حقوق أخرى ، كحق الدائنية ، بل ويضيق نطاق هذه السلطات بصورة أوضح فى نوع آخر من الحقوق ، وهى التى تتعلق بالحقوق اللصيقة بالشخص ، إذ يقتصر الأمر بالنسبة لها على الاستعمال فقط ، دون إمكان التصرف فيها ، فليس للإنسان أن يتصرف فى حريته أو حياته .

والميزة التى يخولها له الاستئثار لصاحب الحق إنما هي مصلحة له ، وهى الغاية أو الهدف منه ، فالغاية من الاستئثار هى تحقيق مصلحة أو منفعة لمن يثبت له الاستئثار .

والأخذ بتعريف الحق على أنه استئثار الشخص بشئ أو بقيمة يؤدى إلـــى القول بأنه ليس من المحتم أن توجد الإرادة لدى من يثبت له الاســـتئثار . وعلـــى هذا يمكن أن يثبت الاستئثار لشخص عديم الإرادة ، مثل الصغير غيـــر المميـــز والمجنون ، ويباشر هذه الحقوق عنهم شـــخص آخـــر . كمـــا يصـــح أن يثبـــت الاستئثار لشخص دون تدخل من إرادته ، كالغائب أو الوارث أو الموصـــى لـــه والمستفيد من التأمين . كما أن الأخذ بفكرة الاستئثار هى التى تفســـر لنـــا كـــذلك ثبوت الحق بالنسبة للأشخاص الاعتبارية رغم عدم وجود إرادة لهم .

١٢٣ – العنصر الثانى – فكرة الحماية :

لكـــى يستطيع من يثبت له الاستئثار التمتع بالسلطات التى يخولهـــا لـــه استئثاره ، فلابد من منع الغير من التعرض له ، وإلزامهم بالامتناع عن كـــل مـــا من شأنه الإضرار به فى استئثاره .

وهذا ما يطلق عليه الفقه ، العنصر الخارجى ، ويتلخص فـــى ضـــرورة احترام الغير لاستئثار صاحب الحق .

وتعد هذه الفكرة عنصرا جوهريا فى الحق ، إذ لا يكفى أن يكون هنـــاك شخص يستأثر بشئ أو بقيمة أو مميزات معينة فى مواجهـــة الآخـــرين ، وإنمـــا ينبغى أن يمكن من المطالبة باحترام حقه من قبل الغير ، أى ينبغى أن يكون لـــه رد أى اعتداء أو تعرض من جانبهم ، وذلك طبقاً لما يقضى به القانون ، فيتعـــين إذن أن يحمى القانون استئثار صاحب الحق .

والقانون إذ يضفى حمايته على من له الاستئثار ، فإن الهدف مـــن هـــذه الحماية هو تحقيق مصالح جديرة بالرعاية والحماية ، فإذا كانت المصـــلحة التـــى

يسعى الشخص إلى تحقيقها مشروعة ، أى فى حدود المصلحة العامـــة ، قامــت الحماية القانونية ، أما إذا تعارضت معها ، انسحبت عنها حماية القانون .

ويتحقق مضمون هذه الحماية بوسيلة الدعوى القضـــائية التـــى يســـبغها القانون على الحق ، ويخولها لصاحب الحق فى مواجهة كل من يتعـــرض لهـــذا الحق أو يهدده .

المبحث الثالث
التمييز بين الحق وغيره
من المفاهيم التى قد تختلط به

يستلزم تعريف الحق أن نميز بينه وبين بعض المفاهيم الأخرى التى قد تختلط به ، وعلى ذلك فسوف نميز تباعا بين الحق والواجب ، ثم الحق والرخصة .

١٢٤ - أولا - الحق والواجب والقانون :

من المسلم به أن القاعدة القانونية التى تمنح صاحب الحق مزايا الشئ الذى يستأثر به ، تتضمن فى ذات الوقت واجبا عاما على عاتق الكافة باحترام هذا الحق .

فالقاعدة القانونية التى تخول مالك الشىء وحده ، فى حدود القانون ، استعمال هذا الشئ واستغلاله والتصرف فيه ، تقرر حقا له ، وفى ذات الوقت واجبا على الكافة باحترام هذا الحق ، أى أنها تتضمن

واجباً عاماً يقع على عاتق الناس كافة ، مقتضاه وجوب احترام تمتع صاحب الحق بحقه .

وهكذا ، فإن الحقوق والواجبات تتولد عن القاعدة القانونية تلك التي تقوم بتخويل حقوق لبعضهم وفرض واجبات على البعض الآخر ، فكل حق يقابله واجب . فالحق والواجب وجهان لعلاقة قانونية واحدة ، لذلك فإن اطلاقه كلمة الحق يعنى الحق والواجب فى نفس الوقت كما إنه يجرى استعمال اصطلاح الحق للتعبير عن هذه العلاقة بوجهيها ، أى عن الحق والواجب متقابلين (٤١) .

١٢٥ - ثانيا - الحق والرخصة :

إذا كان الحق يكفل لصاحبه نوعاً من التسلط والاقتضاء ، ويجعله فى مركز ممتاز عن غيره من الناس ، بما يخوله من استئثار واختصاص وانفراد بمضمون حقه دون غيره من الناس ، فإن الرخص والحريات العامة ، على عكس الحق ، لا تخول من يتمتع بها استئثار أو انفراد ، فهو يتمتع بهما كسائر الناس . ولكل شخص أن يتمتع بهذه الرخص أو المباحات أو الحريات العامة ، لكن تمتعه هذا لا يشكل استئثارا أو انفرادا أو اختصاصا ، فهو لا يختص وحده ، دون غيره من الناس ، لكنه يتمتع بها كسائر الناس جميعاً (٤٢) .

---

(٤١) محمد نصر الدين منصور ، المدخل للقانون ، النظرية العامة فى الحقوق ، ج ١ ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٠ وما بعدها .

(٤٢) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

ومن أمثلة الرخص والحريات العامة ، حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الزواج وحرية التنقل وحرية التملك .

وهكذا نلاحظ أن الرخص لا تعدوا أن تكون من المباحات العامة للناس جميعاً ، يباح لكل شخص أن يتمتع بها ، فكل شخص له حرية الاعتقاد كما أنه يستطيع أن ينتقل حيث يشاء ، ومن ذلك أيضا حرية السير فى الطريق العام ، فهذه الرخص لا تفترض وجود روابط قانونية تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هى تفترض وجود الأشخاص فى نفس المركز بما تخوله من سلطات ، كما أنها لا تعرف الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعاً بالحريات والرخص العامة على قدم المساواة ، دون استئثار من أحد وانفراده دون الآخرين .

ومن ناحية أخرى ، فإن للحقوق أسبابا معينة توجد بوجودها ، كحق التملك مثلا ، فإنه قد ينشأ عن العقد أو لميراث أو الوصية . أما الرخص فإنها لا تحتاج إلى أسباب معينة لقيامها ، وإنما هى تنشأ بناء على الإذن العام من المشرع فى التمتع بتلك الحريات أو الرخص كالتنقل والاعتقاد .

ورغم هذه الفروق ، فإن الرخصة قد تنقلب إلى حق ، وذلك إذا ما اعتدى على شخص فى التمتع بها ، حينئذ يكون للمعتدى عليه الحق فى مطالبة المعتدى بالتعويض .

الفصل الثانى

أنواع الحقوق

١٢٦ – تمهيد وتقسيم :

تقتضى دراسة أنواع الحقوق أن نعرض أولا بإيجاز لتقسيمات الحقـوق ، ثم نتناول بقدر من التفصيل ، الحقوق المالية . وسوف نخصص لكل من هـاتين المسألتين مبحثا مستقلا .

المبحث الأول

استعراض لأنواع الحقوق

تنقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق سياسـية وحقـوق غيـر سياسـية (مدنية) .

١٢٧ – أولا – الحقوق السياسية :

يقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للشخص باعتباره منتميـا إلى دولة ما ، ومن أمثلتها حق الانتخاب وحق الترشيح وحـق تـولى الوظـائف العامة .

وتتميز هذه الحقوق بخاصتين : الأولى هى أنها لا تثبت لكل الأشـخاص ، وإنما تثبت فقط لأبناء الدولة الذين ينتمون إلى جنسـيتها ، وهـم المواطنـون .

والثانية هى أنها لا تثبت لكل المواطنين ، بل يتوقف ثبوتها على تـوافر شـروط خاصة ، كاشتراط حد أدنى من السن حتى يتمتع الشـخص بحـق الانتخـاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

١٢٨ - ثانيا - الحقوق غير السياسية :

تتميز الحقوق غير السياسية عن الحقوق السياسية بأنها لا تقتصـر علـى مواطنى الدولة فحسب ، بل إنها تشمل جميع الأشخاص ، والأصل فيها هو تمتـع الجميع بها ، وهى تنقسم إلى حقوق عامة ، وحقوق خاصة .

ا - الحقوق العامة :

ويقصد بها تلك الحقوق التى تثبت للشخص بمجرد وجـوده ، أو لكونـه إنسانا . لذا فإنه يطلق عليها حقوق الشخصية ، أو الحقوق اللصيقة بالشخصـية ، لاتصالها الوثيق بشخص الإنسان .

وهى تنصب على عناصر الشخصية ، سـواء تعلقـت بالكيـان المـادى للإنسان ، كحقه فى الحياة وحقه فى سلامة جسده . أو تعلقت بالكيان المعنوى لـه كحق الإنسان فى عدم المساس بسمعته أو شرفه ، أو حقـه فـى حريـة الفكـر والعقيدة ، وكحق الإنسان فى الإسم ، وحقه على نتاج ذهنه . وأخيرا قـد تتعلـق هذه الحقوق بنشاط الشخصية ، وهى الحقوق التى ترمى إلى تمكين الشخص مـن مزاولة نشاطه ، وهى الحريات الشخصية التى تثبت للجميع ، كالرخص العامـة ، مثل حرية الشخص فى التنقل والانتقال ، وحرية التملـك ، وحرمـة المسـكن ، وحرية المراسلات .

ومقتضى هذه الحقوق هو تمكين الشخص من الدفاع عنها ، سواء كانت مادية أو معنوية أو متعلقة بنشاطه الشخصى ، وامتناع الآخرين عن المساس به ، أو الاعتداء عليه دون وجه حق .

وتتميز الحقوق العامة ببعض الخصائص :

فمن ناحية أولى لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها أو الحجز عليها ، فهى لا تنتقل بحال إلى الغير . وقد نص المشرع على ذلك بوجه خاص بالنسبة لبعض هذه الحقوق ، من ذلك نص المادة ٤٩ من القانون المدنى من أنه " ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية " . ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٤٥ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ من أنه " يقع باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف يرد على أى من الحقوق الأدبية .... " .

ومن ناحية ثانية ، فإن هذه الحقوق لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم . فهى لا تسقط بعدم الاستعمال ، أيا كانت مدة عدم الاستعمال ، كما أن مرور الزمن لا يكسب الشخص حقا من حقوق الغير ، فإذا استعمل شخص اسم الغير ، فإنه لا يكتسب عليه حقا مهما طالت المدة . كما أن هذه الحقوق تنقضى بوفاة صاحبها ولا تنتقل إلى الورثة بطريق الميراث ، وإن كانت هناك بعض الحقوق تنتقل إلى هؤلاء كالحق فى الدفاع عن سمعة المورث وشرفه .

ومن ناحية ثالثة ، فإن الاعتداء على هذه الحقوق ينشئ لصاحبها الحق فى التعويض ، وذلك على الرغم من انتفاء الصفة المالية لهذه الحقوق ، وهو ما نصت عليه المادة ٥٠ من القانون المدنى من أن " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء ،

مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " . وتطبيقا لهذا نصت المادة ٥١ من القانون المدنى على أن " لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير الغير اسمه بدون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " .

٢ - الحقوق الخاصة :

تنقسم هذه الحقوق إلى قسمين ، هما حقوق الأسرة والحقوق المالية .

(أ) حقوق الأسرة (الحقوق غير المالية) :

تثبت هذه الحقوق للشخص باعتباره عضوا فى أسرة . والأسرة مجموع من الأفراد تربط بينهم رابطة القرابة ، سواء أكانت هذه القرابة قرابة نسب أم قرابة مصاهرة .

ولا تهدف هذه الحقوق إلى تحقيق مصلحة شخصية لكل فرد من أفراد الأسرة على حدة ، وإنما إلى تحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة .

وهى تتميز بأنها لا تعد حقوقا تخول أصحابها امتيازات معينة ، وإنما هى واجبات بالنسبة لمن تقرر لهم . فإذا كانت سلطة الأب على أبنائه تعطيه الحق فى تأديبهم ، فإنها توجب عليه أن يقوم بهذا الواجب . وكذا الأمر بالنسبة لسلطة الزوج على زوجته التى تجعل له عليها حق الطاعة ، فإن هذا يلقى على الزوج أن يهيئ لها المسكن ويحسن مقامها (٤٣) .

---

(٤٣) توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ ، ص ٤٨٨ وما بعدها .

وحقوق الأسرة ، بوجه عام ، حقوق غير مالية ، ولذا فهى تخـرج عـن دائرة التعامل ، ومن ثم فلا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها .

(ب) الحقوق المالية :

وهذه الحقوق تنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد ، وهى تلك الحقـوق التى ترد على محل قابل للتقويم بالنقود . ومحل الحقوق المالية قد يكـون شـيئا ، كما هو الحال فى الحقوق العينية ، كحق الملكية الذى يرد على عقار ، وقد يكون عملا أو امتناعا عن عمل ، وهو ما يعرف بالحقوق الشخصـية . وإلـى جانـب هذين النوعين ، هناك نوع ثالث من الحقوق هو الحق المعنوى أو الذهنى ، وهـو الذى ينطوى على حق معنوى وحق مالى فى وقت واحد . ونتناول هذه الحقـوق المالية تفصيلا فى المبحث التالى .

المبحث الثانى

الحقوق المالية

نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول فيها تباعا ، الحقوق العينيـــة ، ثم الحقوق الشخصية ، وأخيرا الحقوق المعنوية .

المطلب الأول

الحقوق العينية

١٢٩ - تعريف :

يقصد بالحق العينى استئثار مباشر لشخص على شئ مادى معين بالـذات ، يمكنه من القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشـئ ، تحقيقـا لمصـلحة يقرهـا القانون .

ويتميز هذا النوع من الحقوق بأنه يرد على شئ مـادى معـين بالـذات كمنزل معين أو سيارة معينة ، ولذلك يكون لصـاحب الحـق أن يسـتعمله دون وساطة شخص آخر .

١٣٠ - أنواع الحقوق العينية :

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية ، وهى تلـك التـى تقـوم مستقلة غير مستندة إلى حق آخر ، وحقوق عينية تبعية ، وهى تلك التى لا تنشـأ إلا استنادا إلى حق آخر .

١٣١ - أولا - الحقوق العينية الأصلية :

الحق العينى الأصلى هو سلطة مباشرة لشخص على شئ معين ، تخولـه الحصول على كل أو بعض مزايا هذا الشئ .

وتسمى هذه الحقوق العينية بالأصلية لأنها تقوم استقلالا ، وتقصد لـذاتها ، ولا تقوم ضمانا لحق آخر .

وتتفاوت هذه الحقوق فيما بينها بحسب السلطات التى يخولها كـل منهـا لصاحب الحق على الشئ . وتشمل هذه الحقوق حق الملكية والحقـوق المتفرعـة عنه ، وهذه الأخيرة هى حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكـر وحق الارتفاق .

١٣٢ - حق الملكية :

حق الملكية هو أوسع وأقوى الحقوق من حيث السـلطات التـى يمنحهـا للمالك ، إذ أنه يخوله كل السلطات على الشئ ، وهو ما نصت عليه المـادة ٨٠٢ من القانون المدنى بأن " لمالك الشئ وحده ، فى حدود القانون ، حـق اسـتعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

فالملكية تخول تخول صـاحبها إذا ثـلاث سـلطات ، هـى الاسـتعمال والاستغلال والتصرف .

واستعمال الشئ هو الإفادة منه مباشرة ، والحصول على منافعه بحسـب الغرض الذى أعد له ، عدا ثمـاره ، ودون المسـاس بجـوهره . ومـن قبيـل الاستعمال أن يسكن المالك المنزل الذى يملكه ، أو استعمال السـيارة بركوبهـا ، أو الأرض الزراعية بزراعتها .

واستغلال الشئ هو الإفادة منه بطريق غير مباشرة ، وذلك بالحصول على ثماره . كأن يقوم مالك الأرض بزراعتها والإفادة من المحصولات الزراعية ، أو أن يقوم بتأجير الأرض والحصول على أجرة لقاء ذلك .

أما التصرف فى الشئ فهو استخدامه استخداما يستنفذه كليا أو جزئيا . وهو إما أن يكون تصرفا قانونيا ، كبيع الشئ مما يخرجه من ذمته إلى ذمة المشترى ، أو ماديا كهدم الشئ أو إتلافه .

١٣٣ - الحقوق المتفرعة عن الملكية :

أ - حق الانتفاع :

هو حق عينى أصلى يخول صاحبه سلطتى الاستعمال والاستغلال دون التصرف التى تظل للمالك ، وتكون الملكية حينئذ ملكية ناقصة ، وتعرف بملكية الرقبة ، ويسمى المالك فى هذه الحالة بمالك الرقبة .

وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهى إما بوفاة المنتفع أو بانتهاء مدة الانتفاع المحددة أيهما أقرب . كما ينتهى أيضا بهلاك الشئ محل الانتفاع أو بعدم استعماله مدة ١٥ سنة .

ويلاحظ أن حق الانتفاع ، وهو حق عينى أصلى ، يختلف عن حق المستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة ، فهذا الحق الأخير يعتبر حقا شخصيا ، محله عمل يقوم به المؤجر .

ب - حق الاستعمال وحق السكنى:

حق الاستعمال هو حق عينى أصلى يخول صاحبه استعمال الشـئ ، دون استغلاله . فهو أضيق نطاقا من حق الانتفاع الذى يخول صاحبه استعمال الشـئ واستغلاله .

أما حق السكنى ، فهو أضيق نطاقا من حق الاستعمال ، إذ هو لا يخـول صاحبه سوى استعمال الشئ على نحو خاص هو السـكنى فقـط . ولهـذا لـيس لصاحب حق السكنى مثلا أن يفتح متجرا فى المنزل أو أن يؤجره إلى الغير .

وكما هو الشأن بالنسبة لحق الانتفاع ، فإن كلا من حق الاستعمال وحـق السكنى ينقضى بوفاة صاحب الحق .

ويلاحظ أن كلا من حق الاستعمال وحق السـكنى يوصـف بأنـه حـق شخصى ، ومن ثم لا يجوز النزول عنه للغير ، إلا بناء على شرط صـريح ، أو مبرر قوى (المادة ٩٩٧) .

ج - حق الحكر :

وهو نظام مستمد من الشريعة الإسلامية ، ويقصد به تسـليم أرض فـى حاجة إلى إصلاح إلى شخص ، يسمى المحتكر ، ليقـوم بإصـلاحها وتعميرهـا بالبناء عليها ، فى مقابل دفع أجرة المثل .

ولا يجوز الحكر إلا علـى الأرض الموقوفـة (م ١٠٣٣) ، ويلـزم أن تكون هناك ضرورة تقتضيه ، أو إذن من المحكمة الابتدائية التـى تقـع الأرض فى دائرتها به ، كما يجب أن يفرغ عقد الحكر فى ورقة رسمية وفقـا لأحكـام الشهر العقارى .

ويملك المحتكر ما يحدثه على الأرض من بناء أو غراس ، ملكا تامــا ، ومن ثم يجوز له التصرف فيه وحده ، أو مع حقه فى الحكر .

وحق الحكر مؤقت ، ولا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة ، ولكنــه – خلافا لحق الانتفاع – لا ينتهى حتما بوفاة المحتكر ، وإنمــا ينتقــل الحــق إلــى ورثته .

د – حق الارتفاق :

حق الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معــين ، يعــرف بالعقــار الخادم ، لفائدة عقار آخر ، يعرف بالعقار المخدوم ، مملــوك لشــخص آخــر . ومثاله الارتفاق بالمرور ، والارتفاق بالمطل .

ويجب لكى يتقرر الارتفاق أن يرد على العقار ، إذ هــو لا يــرد علــى المنقول ، كما يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

وحق الارتفاق غير مؤقت ، لأنه مرتبط بالعقــار ، ولــذلك لا ينقضــى بالوفاة ، وإنما ينتقل إلى الورثة .

١٣٤ – ثانيا – الحقوق العينية التبعية :

على خلاف الحقوق العينية الأصلية ، فإن الحقوق العينية التبعية لا تقــوم مستقلة ، وإنما تنشأ ضمانا للوفاء بحقوق شخصية . وهى عينيــة لأنهــا تحقــق لصاحبها سلطة مباشرة على الشئ ، وهى تبعية لأنها تكون تابعة لحق شخصــى لكى تضمن الوفاء به ، فإذا انقضى الحق الشخصى ، انقضى تبعــا لــذلك الحــق العينى التابع .

وتهدف هذه الحقوق إلى ضمان حصول الدائن ، أي صاحب الحق الشخصي ، على حقه ، ذلك أن حق الدائن لا يقع على مال معين من أموال المدين ، ولا يقيد هذا الأخير في التصرف في أمواله . فإذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء اختيارا ، فلن يكون أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى إجباره على التنفيذ بواسطة القضاء ، وقد يكون المدين قد تصرف في بعض أمواله أو كلها ، فلا يجد الدائن ما يستوفي منه حقه ، كما لا يستطيع أن يتتبع هذه الأموال لينفذ عليها تحت يد من انتقلت إليه ، لأنها لم تعد مملوكة لمدينه .

ولحماية الدائن من الأضرار التي يمكن أن تترتب على تصرفات المدين السابقة ، أنشأ له القانون عدة وسائل من أهمها الحقوق العينية التبعية التي تخوله سلطة تتبع المال الذي يرد عليه الحق ، لينفذ عليه ويستوفي منه حقه ، كما تخوله سلطة التقدم على غيره من الدائنين .

١٣٥ - وتنقسم الحقوق العينية التبعية إلى أربعة حقوق ، هي الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز .

أ - حق الرهن الرسمي :

تعرف المادة ١٠٣٠ من القانون المدني الرهن الرسمي بأنه " عقد يكسب به الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار ، في أي يد يكون " .

ويؤخذ من هذا التعريف أن الرهن الرسمي حق عيني تبعي يتقرر لمصلحة الدائن على عقار مملوك لمدينه ، بمقتضى اتفاق بينهما . ويترتب على

هذا الرهن أن يكون للدائن المرتهن على العقار المرهون سلطتا التقدم والتتبع ، مع احتفاظ المدين بحيازة العقار المرهون .

ب- حق الرهن الحيازى :

وفقا لنص المادة ١٠٩٦ مدنى فإن الرهن الحيازى حق عينى ينشأ للدائن ، بمقتضى عقد ، على عقار أو منقول ضمانا للوفاء بالدين ، وهو يخول الدائن حبس الشئ المرهون لحين استيفاء الدين ، كما يخوله ميزتى التقدم والتتبع .

ويلاحظ أن حيازة الدائن المرتهن للشئ المرهون ، لا تقيد حق الراهن فى التصرف فيه ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يمتنع عن تسليم الشئ للمتصرف إليه حتى يستوفى حقه .

ج – حق الاختصاص :

هو حق عينى ينشأ على عقار مملوك للمدين ، ويحصل عليه الدائن الذى بيده حكم واجب النفاذ ، بمقتضى أمر من القاضى (المادة ١٠٨٥ مدنى) . وهو يشبه الرهن الرسمى فى أنه لا يرد إلا على عقار .

د – حق الامتياز :

حقوق الامتياز هى أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته (المادة ١١٣٠ مدنى) . بمعنى أنها حقوق تخول صاحبها استيفاء حقه من ثمن أموال المدين كلها ، أو بعضها ، وذلك بالأسبقية على جميع الدائن .

وقد يقع الامتياز على مال معين كالامتياز الذى للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة فى العين المؤجرة ، وتسمى فى هذه الحالة ، حقوق امتياز

خاصة . وقد يقع الامتياز على جميع أموال المدين ، كالامتياز المقرر لأجرة الخدم والكتبة والعمال ، والامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه .

المطلب الثانى

الحقوق الشخصية

١٣٦ - تعريف الحق الشخصى :

الحق الشخصى رابطة بين شخصين تخول أحدهما ، وهو الدائن ، أن يطالب الآخر ، وهو المدين ، أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل أو أن يلتزم بإعطاء شئ .

هذه الرابطة إذا نظر إليها من جانب الدائن تسمى بالحق الشخصى أو بحق الدائنية ، وإذا نظر إليها من جانب المدين تسمى بالالتزام أو برابطة المديونية .

وإذا كان الحق الشخصى يقوم على وجود رابطة بين شخصين ، بمقتضاها يكون لأحدهما أن يقتضى من الآخر أداء معينا ، فإنه يترتب على ذلك ، أن صاحب الحق لا يستطيع الحصول على موضوع حقه إلا بتدخل هذا الشخص الآخر ، إذا أوفى المدين دينه اختيارا ، أو إذا أجبره عن طريق القضاء .

١٣٧ - محل الحق الشخصى :

محل الحق الشخصى قد يكون التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل أو التزاما بإعطاء . ومثال الالتزام بعمل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . ومثال الامتناع عن عمل التزام العامل بعدم منافسة رب العمل . أما الالتزام بإعطاء فمثاله الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، كالتزام المدين بالوفاء بالدين .

المطلب الثالث
الحقوق المعنوية (الحقوق الذهنية)
حق المؤلف

١٣٨ - تعريف وتقسيم :

الحقوق المعنوية هى سلطات يقررها القانون لشخص على شئ معنوى ، هو ناتج ذهنه وفكره ، كحق المؤلف على مؤلفه ، وحق المخترع على مخترعاته . وقد أشارت المادة ٨٦ من القانون المدنى إلى هذا النوع من الحقوق بقولها : " الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة " .

وتنقسم هذه الحقوق إلى نوعين الأول هو حق المؤلف ، والثانى هو الحقوق التجارية والصناعية . وتقتصر دراستنا على التعريف بالنوع الأول ، وهو حق المؤلف .

وينظم المشرع المصرى هذه الحقوق حاليا بالقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، وهو قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، ويقع حق المؤلف والحقوق المجاورة فى الكتاب الثالث من هذا القانون .

وفيما يلى نتناول دراسة حق المؤلف من خلال المسائل الثلاث التالية ، وهى أركان حق المؤلف ، ومضمون حق المؤلف ، وأخيرا حماية حق المؤلف ، كل فى فرع مستقل .

الفرع الأول
أركان حق المؤلف

١٣٩ – يقصد بحق المؤلف تلك السلطة التى يستأثر بها شخص يسمى المؤلف أو المبتكر ، على مصنف أدبى ناتج عن فكره ، بحيث ينسب هذا المصنف إليه ، ويكون له حق الاستغلال المالى له .

ويتضح من هذا التعريف أن لحق المؤلف ركنين ، الأول هو المصنف الأدبى أو الفنى ، والثانى هو المؤلف أو المبتكر .

١٤٠ – الركن الأول – المصنف :

وفقا لنص المادة ١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، فإن المصنف هو كل عمل مبتكر ادبى أو فنى أو عملى أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه .

ويستفاد من هذا التعريف أمران :

الأمر الأول – أن المصنف الذى يتمتع بحماية القانون يجب أن يكون مبتكرا : والابتكار هو الطابع الابداعى الذى يسبغ الأصالة على المصنف (م ١٣٨ / ٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية) .

ولذلك لا تشمل الحماية مجرد الأفكار والإجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والمبادى والاكتشافات والبيانات ، ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة فى مصنف .

كذلك لا تشمل ما يلى :

أولا – الوثائق الرسمية : أياً كانت لغتها الاصلية أو اللغة المنقولة اليها مثل نصوص القوانين واللوائح والقرارات والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وأحكام المحكمين والقرارات الصادرة من اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى (مادة ١٤١من قانون حماية الملكية الفكرية الجديد) .

ومع ذلك تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية إذا تميز جمعها بالابتكار فى الترتيب والعرض أو باى مجهود جدير بالحماية .

ثانيا – أخبار الحوادث والوقائع الجارية التى تكون مجرد أخبار صحفية . وفيما يلى نشير بإيجاز إلى نطاق حماية المصنفات الصحفية :

١٤١ – نطاق حماية المصنفات الصحفية :

لما كانت حماية حق المؤلف لا تشمل سوى المصنفات المبتكرة ، كقاعدة عامة ، فلا تتمتع المصنفات الصحفية كشأن أى مصنف آخر بهذه الحماية ، إلا إذا كانت مبتكرة . ويكون هناك مصنف صحفى مبتكر متى حمل البصمة الشخصية للصحفى ، وبعبارة أخرى ، متى عبر هذا الأخير عن أفكاره بصياغة

تجسد شخصيته . فوسيلة التعبير هى التى تتمتع بحماية قانون الملكية الفكرية ، أما الفكرة المجردة فى ذاتها فلا تتمتع بهذه الحماية .

ولما كان عمل الصحفى لا ينطوى دائما على عنصر الابتكار الذى يجعل مصنفه جديرا بالحماية ، فإن هذه الحماية لا تشمل سوى بعض صور العمل الصحفى التى تعكس شخصية الصحفى وتجسدها ، كالمقال والحديث الصحفي .

فالمقال يعد مصنفا تشمله حماية حق المؤلف ، مادام جاء معبرا عن شخصية الصحفى ، وهو ما ينطبق على المقال الافتتاحى للصحيفة ، دون المقالات التى يكتبها الصحفى تعليقا على الأحداث الجارية فهذه لا تشملها الحماية ، إلا إذا كانت انعكاسا لشخصية الصحفى .

كما تشمل الحماية كذلك الحديث الصحفى المعد للنشر ، فيعد الصحفى معد الحوار هو المؤلف وحده ، ولا يعد مؤلفا المتحدث الذى يساهم فى هذا الحديث أو الحوار الصحفى لمجرد أنه قدم الأفكار إلى معد الحوار الذى تولى نشره فى صورة مقال ، بل يعد هذا الأخير وحده هو المؤلف ، ولا يجوز للأول الادعاء بحقوق المؤلف بزعم أنه قد ساهم فى صياغة وتأليف المقال ، إذ لا يتعدى دوره سوى تقديم أفكار مجردة لا ترقى إلى حد المطالبة بحقوق المؤلف .

وعلى جانب آخر فهناك صور أخرى من العمل الصحفى لا تتمتع بحماية حقوق المؤلف لانتفاء عنصر الابتكار منها ، كالأخبار والتقارير والتحقيقات الصحفية .

وقد نص المشرع المصرى صراحة فى المادة ١٤١ / ثانيا ، من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، على أن الحماية لا تشمل أخبار الحوادث والوقائع الجارية التى تكون مجرد أخبار صحفية .

وتطبيقا لذلك قضى بعدم اعتبار البرقيات الصحفية مصنفات تشملها حماية حقوق المؤلف ، لأنها لا تعدو أن تكون " معلومة مجردة أما بالنسبة للصور الفوتوغرافية التى يلتقطها الصحفى المصور ، فلا تعد دائما مصنفا تشمله الحماية إلا إذا كانت مبتكرة ومعبرة عن السمة الشخصية لمؤلفها ، بحيث تظهر من خلالها شخصية المصور ، خاصة فيما يتعلق باختياره لزاوية التقاط الصورة ودرجة الإضاءة بما يتفق مع الهدف منها .

وفى إطار الصحافة السمعية البصرية ، قضى باعتبار الجريدة المصورة مصنفا تشمله قواعد قانون حق المؤلف على أساس أن " عرض جريدة مصورة يمكن أن يعد ابتكارا ، بسبب قيامه على تقديم الحقيقة ، وهو ما يقتضى انتقاء واختيار لموضوعات وخطط ، وكذلك القيام بمهام عديدة من تجميع وتنسيق وتعليق وطريقة عرض ، تكون كلها تعبيرا عن الشخصية " .

كما ينطبق ذات الحكم على اللقاءات الصحفية السمعية البصرية .

إذا لا يعد أى نشاط صحفى مصنفا تشمله حماية قواعد قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، فهو لا يكون كذلك إلا إذا انطوى على ابتكار مصنف صحفى تتجسد فيه شخصية الصحفى .

الأمر الثانى – أن الحماية تشمل المصنف متى كان مبتكرا ، أيا كان نوعه :

ولذلك لم تحدد المادة ١٤٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصنفات التى تتمتع بحماية القانون تحديدا على سبيل الحصر ، وإنما ذكرت أمثلة لهذه المصنفات ، فنصت على أن " تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية ، وبوجه خاص المصنفات الآتية :

١. الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة .
٢. برامج الحاسب الآلى .
٣. قواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الآلى أو غيره .
٤. المحاضرات والخطب والمواعظ وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة.
٥. المصنفات التمثيلية والتمثليات الموسيقية والتمثيل الصامت (البانتوميم) .
٦. المصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها .
٧. الصنفات السمعية والبصرية .
٨. مصنفات العمارة .
٩. مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان والنحت والطباعة على الحجر وعلى الأقمشة وأية مصنفات مماثلة فى مجال الفنون الجميلة .
١٠. المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها .
١١. مصنفات الفن التطبيقى والتشكيلى .

١٢. الصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والرسومات التخطيطية (الاسكتشات) والمصنفات الثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو التصميمات المعمارية .

١٣. المصنفات المشتقة وذلك دون الإخلال بالحماية المقررة للمصنفات التى اشتقت منها .

وتجدر الإشارة إلى أن الحماية تشمل عنوان المصنف إذا كان مبتكرا .

١٤٢ – الركن الثانى – المؤلف :

المؤلف هو الشخص الذى يبتكر المصنف . ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب اليه عند نشره باعتباره مؤلفا له ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

ويعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بغير اسمه أو باسم مستعار ، بشرط ألا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصه ، فإذا قام الشك اعتبر ناشر أو منتج المصنف ، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً ، ممثلا للمؤلف فى مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف .

ويعتبر مؤلف المصنفات التى لا تحمل اسم المؤلف أو التى تحمل اسم مستعارا مفوضا للنشر لها فى مباشرة الحقوق المقررة قانونا ، ما لم يعين وكيلا آخر ، أو يعلن عن شخصه ويثبت صفته (م ١٧٦) .

١٤٣ - تحديد المؤلف فى حالة المصنفات التى يساهم فى وضعها أكثر من شخص :

نظم المشرع صورا من المصنفات التى يساهم فى وضعها أكثر من شخص وهى المصنف الجماعى والمصنف المشترك والمصنف المشتق .

١- **المصنف الجماعى** : المصنف الذى يضعه اكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعى أو اعتبارى ، يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته ، ويندمج عمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص ، بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة .

ويستفاد من هذا التعريف أنه يلزم توافر ثلاثة عناصر فى المصنف الجماعى :

أولها تعدد المؤلفين المساهمين فى وضع المصنف ، والمؤلف المساهم هو كل شخص طبيعى قدم عملا ذهنيا مبتكرا فى سبيل تكوين المصنف ، فلا تنسحب هذه الصفة على الشخص المعنوى ، إذ لا يتصور الابتكار سوى من الشخص الطبيعى .

والثانى هو أن يتم هذا المصنف بمبادرة شخص طبيعى أو معنوى بحيث ينشر باسمه وتحت إدارته . ويعد هذا الشرط هو جوهر المصنفات الجماعية .

وأخيرا يجب ألا يكون المصنف ناشئا عن " تعاون المساهمين لمصلحتهم جميعا " إذ يعد المصنف فى مثل هذه الأحوال مصنفا مشتركا لا جماعيا .

ويكون للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى وجه إلى ابتكار المصنف الجماعى التمتع بالحق فى مباشرة حقوق المؤلف عليه (م ١٧٥) .

٢- المصنف المشترك : المصنف الذى لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية ، ويشترك فى وضعه أكثر من شخص ، سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه ، أو لم يمكن .

والمصنف المشترك قد يكون مختلطا ، وذلك عندما لا يتميز فيه نصيب كلّ مساهم عن نصيب غيره ، وفى هذه الحالة يثبت الحق الأدبى لهم جميعا بالتساوى ، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك . ومع ذلك يجوز لكل منهم منفردا أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحماية هذا الحق .

وقد نصت على ذلك المادة ١٧٤ من قانون حماية الملكية الفكرية " إذا اشترك أكثر من شخص فى تأليف مصنف ، بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، اعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوى فيما بينهم ، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك . وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف ، إلا باتفاق مكتوب بينهم ، فإذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، كان لكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق كتابة على غير ذلك . ولكل منهم الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع اعتداء على أى حق من حقوق المؤلف . وإذا مات أحد المؤلفين الشركاء دون خلف عام أو خاص ، يؤول نصيبه على باقى الشركاء أو خلفهم ، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك " .

وقد يكون المصنف المشترك غير مختلط ، وذلك فى الحالة التى يكون لكل مساهم جزء متميز من العمل بحيث يمكن نسبته إليه منفردا . وفى هذه الحالة يكون لكل مساهم حقين ، الأول على المصنف بأكمله ، وهذا الحق يثبت

لجميع الشركاء ، فلا يباشر إلا بالإجماع . والثانى على الجزء الخاص به ، والأصل بالنسبة له أن ينفرد بمباشرته ، ولكن بشرط عدم الإضرار بحقوق باقى المؤلفين ، وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك [٤٤] .

ويعتبر مصنفا مشتركا ، المصنفات السمعية البصرية ، أو السمعية أو البصرية ، (كالأغانى والمسلسلات والأفلام والمسرحيات) . ويعتبر شريكا فى تأليف هذا المصنف :

١- مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج .

٢- من يقوم بتحوير مصنف أدبى موجود بشكل يجعله ملائما للأسلوب السمعى البصرى .

٣- مؤلف الحوار .

٤- واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصا للمصنف .

٥- المخرج الذى قام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف (م ١٧٧) .

٣ - المصنف المشتق : المصنف الذى يستمد أصله من مصنف سابق الوجود ، كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما فى ذلك قواعد البيانات المقرؤة ، سواء من الحاسب أو غيره ، ومجموعات التعبير الفلكلورى [٤٥] ، ما دامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها .

---

[٤٤] أسامة أبو الحسن ، مبادئ القانون ، ٢٠٠٦ .

[٤٥] وفقا للمادة ١٣٨ / ٧ من قانون حماية الملكية الفكرية : الفلكلور الوطنى هو " كل تعبير يتمثل فى عناصر متميزة تعكس التراث الشعبى التقليدى الذى نشأ أو استمر فى جمهورية مصر العربية ، وبوجه خاص التعبيرات الآتية :

الفرع الثانى
مضمون حق المؤلف

يتمتع المؤلف بنوعين من الحقوق على مصنفه : حقوق أدبية وأخرى مالية .

١٤٤ – أولا – الحقوق الأدبية :

للمؤلف على مصنفه العديد من السلطات الأدبية التى يخوله إياه حقه الأدبى عليه ، وتتميز هذه السلطات بأنها لصيقة بشخص المؤلف ، ومن ثم لا يجوز له التنازل عنها ، كما أنها لا تتقادم بمضى المدة ، كما لا يجوز الحجز عليها . وإجمالا لا يجوز التصرف فيها بأى تصرف من التصرفات . وقد نصت

أ- التعبيرات الشفوية مثل : الحكايات والأحاجى والألغاز والأشعار الشعبية وغيرها من المأثورات .

ب- التعبيرات الموسيقية مثل : الأغانى الشعبية المصحوبة بموسيقى .

ج- التعبيرات الحركية مثل : الرقصات ألشعبية والمسرحيات والأشكال الفنية والطقوس .

د- التعبيرات الموسيقية مثل : منتجات الفن الشعبيى التشكيلى وبوجه خاص الرسومات بالخطوط والالوان والحفر والنحت والخزف والطين والمنتجات المصنوعة من الخشب أو ما يرد عليه من تطعيمات تشكيليه مختلفة أو الموزاييك أو المعدن أو الجواهر والحقائب المنسوجة يدوياً وأشغال الإبرة والمنسوجات السجاد والملبوسات .

هـــ – الآلات الموسيقية الاشكال المعمارية.

على ذلك المادة ١٤٣ بقولها : " يتمتع المؤلف وخلفه العام – على المصنف – بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل ... " . كما نصت المادة ١٤٥ على أن " يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل تصرف يرد على أى من الحقوق الأدبية المنصوص عليها فى المادتين (١٤٣) ، (١٤٤) من هذا القانون .

والحقوق الأدبية المشار إليها فى المادتين سالفتى الذكر هى :

١٤٥ – أ – اتاحة المصنف للجمهور لأول مرة :

فالمؤلف هو وحده صاحب الحق فى أن يقرر نشر المصنف من عدمه ، وليس لأحد أن يجبره على ذلك ، وإلا كان فى ذلك اعتداء على حق من حقوقه اللصيقة . ويظل حق المؤلف فى ذلك مطلقا ، حتى لو كان قد تصرف فى حق الاستغلال المالى لهذا المصنف . فمثلا لو تعاقد المؤلف مع ناشر بشأن مصنف ، فله أن يمتنع عن تسليم المصنف ، لأن حقه الأدبى يرجح على التزامه التعاقدى ، ولا يكون لمن تعاقد معه سوى الرجوع عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر .

ولكن يلاحظ أنه متى قرر المؤلف نشر مصنفه ، فليس له أنه يمنع الغير من القيام بالأعمال التالية :

١ – أداء المصنف فى اجتماعات داخل إطار عائلى أو بطلاب داخل المنشأة التعليمية ، مادام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالى مباشر أو غير مباشر .

٢ – عمل نسخة وحيدة من المصنف لاستعمال النسخ الشخصى المحض ، وبشرط ألا يخل هذا النسخ بالاستغلال العادى لمصنف ، أو يلحق ضررا غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف . ومع ذلك يكون

للمؤلف أو خلفه بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بدون إذنه بأى من الأعمال الآتية :

(أ) نسخ أو تصوير مصنفات الفنون الجميلة أو التطبيقية أو التشكيلة ، ما لم تكن فى مكان عام أو المصنفات المعمارية .

(ب) نسخ أو تصوير كل أو جزء جوهرى لنوته مصنف موسيقى .

(ج) نسخ أو تصوير كل أو جزء جوهرى لقاعدة بيانات أو برامج حاسب آلى .

٣ – عمل نسخة وحيدة من برنامج الحاسب الالى بمعرفة الحائز الشرعى له لغرض الحفظ أو الاحلال عند فقد النسخة الاصلية أو تلفها أوعدم صلاحيتها للاستخدام أو الاقتباس من البرنامج ، وإن جاوز هذا الاقتباس القدر الضرورى لاستخدام هذا البرنامج ، ما دام فى حدود الغرض المرخص به ، ويجب اتلاف النسخة الاصلية أو المقتبسة بمجرد زوال سند الحائز ، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون حالات وشروط الاقتباس من البرنامج .

٤ – عمل دراسات تحليلية للمصنف أو مقتطفات أو مقتبسات منه بقصد النقد أو المناقشة أو الاعلام .

٥ – النسخ من مصنفات محمية وذلك للاستعمال فى اجراءات قضائية أو ادارية فى حدود ما تقتذيه هذه الإجراءات مع ذكر المصدر واسم المؤلف .

٦ – نسخ أجزاء قصيرة من مصنف فى صورة مكتوبة أو مسجلة تسجيلا سمعيا أو بصريا ، وذلك لأغراض التدريس بهدف الايضاح أو الشرح ، وبشرط أن يكون النسخ فى الحدود المعقولة ، وألا يتجاوز الغرض منه ، وأن يذكر اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل النسخ كلما كان ذلك ممكنا عملا.

٧ - نسخ مقال أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف ، إذا كان ذلك ضروريا لأغراض التدريس فى منشآت تعليمية ، وذلك بالشرطين الآتيين :
(أ) أن يكون النسخ لمرة واحدة فى أوقات منفصله غير متصله .
(ب) أن يشار إلى اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل نسخة .

٨ - تصوير نسخة وحيدة من المصنف بواسطة دار للوثائق أو المحفوظات أو بواسطة المكتبات التى تستهدف الربح - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - وذلك فى أى من الحالتين الآتيتين :
(أ) أن يكون النسخ لمقالة منشورة أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف ، متى كان الغرض من النسخ تلبية طلب شخص طبيعى لاستخدامها فى دراسة أو بحث ، على أن يتم ذلك لمرة واحدة أو على فترات متفاوتة .

(ب) أن يكون النسخ بهدف المحافظة على النسخة الاصلية أو لتحل النسخة محل نسخة فقدت أو تلفت أو أصبحت غير صالحة للاستخدام ويتحيل الحصول على بديل لها بشروط معقولة .

٩ - النسخ المؤقت للمصنف الذى يتم تبعا أو أثناء البث الرقمى له ، أو أثناء القيام بعمل يستهدف استقبال مصنف مخزن رقميا ، وفى إطار التشغيل العادى للأداء المستخدم ، ممن له الحق فى ذلك (م ١٧١) .

وإضافة إلى ما سبق ، فإنه مع عدم الاخلال بحقوق المؤلف الادبية ، فليس للمؤلف أو خلفه أن يمنع الصحف أو الدوريات أو هيئات الاذاعة فى الحدود التى تبررها أغراضها مما يلى :

١ - نشر مقتطفات من مصنفاته التى أتيحت للجمهور بصورة مشروعة ومقالاته المنشورة المتعلقة بالموضوعات التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، ما لم يكن المؤلف قد حظر ذلك عند النشر ، وبشرط الإشارة إلى المصدر الذى نقلت عنه وإلى اسم المؤلف وعنوان المصنف .

٢ - نشر الخطب والمحاضرات والندوات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للمجالس النيابية والهيئات التشريعية والادارية والاجتماعات العلمية والادبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، ويشمل ذلك المرافعات القضائية فى الجلسات العلنية ، ومع ذلك يظل للمؤلف وحده أو خلفه ، الحق فى جمع هذه المصنفات فى مجموعات تنسب إليه .

٣ - نشر مقتطفات من مصنف سمعى أو بصرى أو سمعى بصرى ، متاح للجمهور ، وذلك فى سياق التغطية الإخبارية للأحداث الجارية (م ١٧٢) .

١٤٦ - ب - الحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفه :

للمؤلف على مصنفه حق الأبوة ، فهو ينسب إليه ، وله فى سبيل ذلك أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق . ويعد ذلك نتيجة حتمية للصلة الوثيقة بين المصنف وصاحبه . ولا يتوقف ذلك على وجود أى اتفاق ، بل إن أى تعهد من جانب المؤلف بعدم الكشف عن شخصيته ، أو بالتنازل عن أبوته للمصنف ، يعد باطلا .

١٤٧ – ج – الحق فى تعديل المصنف :

تعرضت المادة ١٤٤ من قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ لمسألة سلطة تعديل المصنف بواسطة المؤلف فنصت على أن " للمؤلف وحده – إذا طرأت أسباب جدية – أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بادخال تعديلات جوهرية عليه ، برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى ، ويلزم المؤلف فى هذه الحالة ، أو يعوض مقدما من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضا عادلا يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة ، وإلا زال كل أثر للحكم " .

فللمؤلف وحده سلطة التعديل سواء بالحذف أو الإضافة أو التحوير إلى مصنف من نوع آخر (كتحويل الرواية إلى فيلم سينمائى) ، ولا يجوز ذلك للغير إلا بإذن كتابى منه .

كما أن للمؤلف الحق فى منع تعديل المصنف تعديلا يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له ولا يعد التعديل فى مجال الترجمة اعتداء إلا إذا أغفل المترجم الاشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته (م ١٤٣) .

١٤٨ – د – سحب المصنف (الحق فى الندم) :

وترتبط هذه السلطة بالحق فى أبوة المصنف ، فكما أن للمؤلف أن ينسب المصنف إلى نفسه ، وتقرير نشره ، وتعديله ، فله أيضا سحب المصنف من التداول ، إذا كانت هناك اعتبارات تبرر ذلك ، كأن يرغب المؤلف فى تغيير بعض أفكاره .

وقد أورد المشرع على هذه السلطة قيدين : الأول أن تطرأ أسباب خطيرة تقتضى سحب المصنف . والثانى ضرورة أن يدفع المؤلف مقدما لمن آلت حقوق الاستغلال المالى إليه تعويضا عادلا ، يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة ، وإلا زال كل أثر للحكم .

١٤٩ – ثانيا – الحقوق المالية :

للمؤلف سلطات مالية على مصنفه ، تخوله الإفادة من ثمرات عمله الذهنى إفادة مالية [٤٦] وذلك عن طريق استغلال المصنف بأى طريقة من طرق

---

[٤٦] وقد نصت على ذلك المادة ١٤٧ بقولها : " يتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لاى استغلال لمضنفه باى وجة من الوجوه وبخاصة عن طريق النسخ أو البث الاذاعى أو اعادة البث الاذاعى العلنى أو التوصيل العلنى أو الترجمة أو التحرير أو التأجير أو الاعارة أو الاتاحة للجمهور بما فى ذلك فى اتاحته غبر اجهزة الحاسب الالى أو من خلال شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات وغيرها من الوسائل .

ولا ينطبق الحق الاستشارى فى التأجير على برامج الحاسب الالى إذا لم تكن هى المحل الاساسى للتأجير ولا على تأجير المصنفات السمعية البصرية متى كان لا يؤدى إلى انتشار نسخها على نحو يلحق ضرراً مادياً بصاحب الحق الاستئثارى المشار اليه.

كما يتمتع المؤلف وخلفه من بعده بالحق فى تتبع اعمال التصريف فى النسخة الاصلية لمصنفه والذى يخوله الحصول على نسبة مئوية معينة لا تجاوز عشرة فى المائة من الزيادة التى تحققت من كل عملية تصرف فى هذه النسخة .

ويستنفد حق المؤلف فى منع الغير من استيراد أو استخدام أو بيع أو توزيع مصنفه المحمى وفقا لاحكام هذا القانون ، إذا قام باستغلاله وتسويقه فى اية دولة أو رخص للغير بذلك " .

الاستغلال ، سواء كان ذلك بنفسه ، أو بواسطة الغير ، وذلك بنقل حق الاستغلال لناشر مثلا ، بمقابل أو بدون مقابل [٤٧] .

وعلى العكس من الحقوق الأدبية للمؤلف ، فإن الحقوق المالية تتميز بأنه يجوز التنازل عنها ، والتصرف فيها ، كما يجوز الحجز عليها .

---

[٤٧] وقد نظمت المواد من ١٤٩ إلى ١٥٢ الاتفاقات المتعلقة باستغلال المصنف استغلالا ماليا ، وذلك كالتالى :

مادة ١٤٩ – للمؤلف ان ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينه فى هذا القانون . ويشترط لانعقاد التصرف ان يكون مكتوباً وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه . ويكون المؤلف مالكاً لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية ولا بعد ترخيصه باستغلال احد هذه الحقوق ترخيصاً منه باستغلال اى حق مالى اخر يتمتع له على المصنف نفسه. ومع عدم الاخلال بحقوق المؤلف الادبية المنصوص عليها فى هذا القانون يمتنع عليه القيام باى عمل من شانه تعطيل استغلال الحق محل التصرف .

مادة ١٥٠ – للمؤلف ان يتقاضى المقابل النقدى أو العينى الذى يراه عادلا نظير نقل حق أو اكثر من حقوق الاستغلال المالى لمصنفه إلى الغير على اساس مشاركة نسبية فى الايراد الناتج من الاستغلال كما يجوز له التعاقد على اساس مبلغ جزافى أو بالجمع بين الاساسين.

مادة ١٥١ – إذا تبين ان الاتفاق المشار اليه فى المادة (١٥٠) من هذا القانون مجحف بحقوق المؤلف أو اصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد يكون للمؤلف أو خلفه ان يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب اعادة النظر فى قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاه حقوق المتعاقد معه وعدم الاضرار به.

مادة ١٥٢ – لا يترتب على تصرف المؤلف فى النسخة الاصلية من مصنفه ايا كان نوع هذه التصرف نقل حقوقه المالية.

ومع ذلك لا يجوز الزام المتصرف اليه بان يمكن المؤلف من نسخ أو نقل أو عرض النسخة الاصلية وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك.

الفرع الثالث
حماية حق المؤلف

١٥٠ – أولا - نطاق الحماية من حيث الأشخاص :

حددت المادة ١٣٩ من قانون حماية الملكية الفكرية نطاق الحماية من حيث الأشخاص فنصت على أن " تشمل الحماية المقررة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها المصريين والأجانب من الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين ينتمون إلى إحدى الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية ومن فى حكمهم " [٤٨] .

---

[٤٨] كما أضافت المادة : ويعتبر في حكم رعايا الدول الاعضاء:

أ- بالنسبة لحق المؤلف:

١. المؤلفون الذين تنشر مصنفاتهم لأول مرة احدى الدول الاعضاء فى المنظمة أو تنشر فى احدى الدول غير الاعضاء وإحدى الدول الاعضاء فى ان واحد ويعتبر المصنف منشوراً فى ان واحد فى عدة دول إذا ظهر فى دولتين أو اكثر خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشره لأول مرة.

ولا يعد نشراً تمثيل مصنف مسرحى أو مصنف مسرحى موسيقى أو سينمائى واداء مصنف موسيقى والقراءة العلنية لمصنف ادبى والنقل السلكى أو اذاعة المصنفات الادبية والفنية وعرض مصنف فنى وتنفيذ مصنف معمارى.

٢. منتجو ومؤلفو المصنفات السينمائية التى يكون مقر منتجها أو محل اقامته فى احدى الدول الاعضاء فى تلك المنظمة.

٣. مؤلفو المصنفات المعمارية المقامة فى احدى الدول الاعضاء أو المصنفات الفنية الاخرى الداخلة فى مبنى أو منشأة اخرى كائنة فى احدى الدول الاعضاء.

١٥١ – ثانيا – مدة الحماية :

تتميز الحقوق المالية بأنها مؤقتة تنقضى بمضى مدد معينة حددها القانون ، وهى كما يلى :

ب- بالنسبة للحقوق المجاورة لحق المؤلف:

١- فنانو الاداء إذا توافر اى شرط من الشروط التالية :

أ- إذا تم الاداء فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية .

ب- إذا تم تفريغ الاداء فى تسجيلات صوتية ينتمى منتجها لدولة عضو فى منظمة التجارة العالمية أو تم التثبيت الأول للصوت فى اقليم دولة عضو فى المنظمة.

ت- إذا تم بث الاداء عن طريق هيئة اذاعة يقع مقرها فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية وان يكون البرنامج الاذاعى قد تم بثه من جهاز ارسال يقع ايضا فى دولة عضو.

٢- منتجو التسجيلات الصوتية إذا كان التثبيت الأول للصوت قد تم فى دولة عضو فى المنظمة.

٣- هيئات الاذاعة إذا كان مقر هيئة الاذاعة كائنا فى اقليم دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية وان يكون البرنامج الاذاعى قد تم بثه من جهاز ارسال يقع ايضا فى اقليم دولة عضو فى المنظمة.

ويستفيد مواطنوا جميع الدول الاعضاء فى منظمة التجارة العالمية من اى ميزة أو افضلية أو امتياز أو حصانة يمنحها اى قانون اخر لرعايا اى دولة فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية طبقا لهذا القانون ما لم تكن هذه الميزة أو الافضلية أو الحصانة نابعة من :

أ- اتفاقيات المساعدة القضائية أو اتفاقيات انفاذ القوانين ذات الصياغة العامة.

ب- الاتفاقيات المتعلقة بحقوق حماية الملكية الفكرية والتى اصبحت سارية قبل أول يناير ١٩٩٥.

١- القاعدة العامة : تحمى الحقوق المالية للمؤلف المنصوص عليها فى هذا القانون مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف (م ١٦٠) .

٢- بالنسبة لمؤلفي المصنفات المشتركة : تحمى الحقوق المالية لمؤلفى المصنف المشتركة مدة حياتهم جميعا ، ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا منهم (م ١٦١) .

٣ - بالنسبة لمؤلفي المصنفات الجماعية : تحمى الحقوق المالية لمؤلفى المصنفات الجماعية - باستثناء مؤلفى مصنفات الفن التطبيقى - مدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو اتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد ، وذلك إذا كان مالك حقوق المؤلف شخصاً اعتبارياً . أما إذا كان مالك هذه الحقوق شخصاً طبيعياً ، فتكون مدة الحماية طبقاً للقاعدة المنصوص عليها فى المادتين ١٦٠ ، ١٦١ من قانون حماية الملكية الفكرية (م ١٦٢) .

٤- بالنسبة للمصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفها : تنقضى الحقوق المالية عليها بمضى خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو اتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد .

٥- بالنسبة المصنفات التي تنشر بدون اسم مؤلفها أو باسم مستعار ، تحمى الحقوق المالية عليها لمدة خمسين سنة ، تبدأ من تاريخ نشرها أو اتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد ، فإذا كان مؤلفها شخصاً معروفاً ومحدداً ، أو كشف مؤلفها عن شخصه ، فتكون مدة الحماية طبقا للقاعدة المنصوص عليها فى المادة ١٦٠ من هذا القانون (م ١٦٣) .

٦ - بالنسبة لمؤلفي مصنفات الفن التطبيقي تنقضى الحقوق المالية عليه بانقضاء خمس وعشرين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو اتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما ابعد (م ١٦٤) .

٧ - في الأحوال التي تحسب فيها الحماية من تاريخ النشر أو الاتاحة للجمهور لأول مرة : يتخذ أول نشر أو أول اتاحة للجمهور ، أيهما أبعد ، مبدأ لحساب المدة ، بغض النظر عن إعادة النشر أو اعادة الاتاحة للجمهور ، إلا إذا أدخل المؤلف على مصنفه ، عند الإعادة ، تعديلات جوهرية ، بحيث يمكن اعتباره مصنفاً جديدا (م ١٦٥) .

٨ - إذا كان المصنف يتكون من عدة اجزاء أو مجلدات نشرت منفصله وعلى فترات ، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلا عند حساب مدة الحماية .

٩ - بالنسبة لحماية حقوق فناني الأداء : يتمتع فنانو الأداء بحق مالى استئثارى فى مجال أدائهم ، وذلك لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ الأداء أو التسجيل على حسب الأحوال (م ١٦٦) .

١٠ - بالنسبة لحماية حقوق منتجي التسجيلات الصوتية : يتمتع منتجو التسجيلات الصوتية بحق مالى استئثارى فى مجال استغلال تسجيلاتهم على النحو المبين فى المادة (١٥٧) وذلك لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ التسجيل أو النشر أيهما أبعد ، وذلك فى الحدود المنصوص عليها فى هذا القانون (م ١٦٧) .

١١ – بالنسبة لحماية حقوق هيئات البث الإذاعي : تتمتع هيئات البث الإذاعي بحق مالي استئثاري ، يخول لها استغلال برامجها لمدة عشرين سنة تبدأ من التاريخ الذي تم فيها أول بث لهذه البرامج (م ١٦٨) .

١٢ – بالنسبة للمصنفات الأجنبية : تنتهي حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه ، أو بواسطة غيره في مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الاصلي أو المترجم (م ١٤٨) . أما إذا قام المؤلف بترجمة المصنف خلال هذه المدة ، فإنه يتمتع بالحماية لمدة خمسين عاما من تاريخ وفاته ، وفقا للقاعدة العامة ، والهدف من ذلك هو حث المؤلفين الأجانب علي سرعة ترجمة أعمالهم إلى العربية لكي يتمتعوا بحماية القانون .

١٥٢ – ثالثا – الإجراءات والجزاءات المقررة لحماية حق المؤلف :

١ – الإجراءات التحفظية :

وضع المشرع العديد من الإجراءات بهدف الحفاظ على حقوق المؤلف وحمايتها ، فيكون لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع ، بناء على طلب ذي الشأن ، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يامر بإجراء أو اكثر من الاجراءات التالية ، أو غيرها من الاجراءات التحفظية المناسبة ، وذلك عند الاعتداء على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا الكتاب .

١- اجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الاذاعي .

٢- وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى أو عرضه أو نسخة أو صناعته .

٣- توقيع الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى الاصلى أو على نسخة ، وكذلك على المواد التى تسعتمل فى إعادة نشر هذا المصنف أو الاداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى أو استخراج نسخ منه ، بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف أو الاداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى.

٤- إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية .

٥- حصر الإيراد الناتج عن استغلال المصنف أو الاداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى ، وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الأحوال . ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر ، لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة . ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر ، وإلا زال كل أثر له (م ١٧٩) .

ولذوى الشأن الحق فى التظلم إلى رئيس المحكمة الآمر خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الأمر أو إعلانه ، على حسب الأحوال ، ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر أو الغاءه كلياً أو جزئياً ، أو تعيين حارس مهمته إعادة نشر المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى أو استغلاله أو عرضه أو صناعته أو استخراج نسخ منه ، ويودع الإيراد الناتج خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى أصل النزاع (م ١٨٠) .

٢ – الجزاءات :

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد فى قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة الآف جنية ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

أولا : بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى محمى ، طبقا لأحكام هذا القانون أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور .

ثانيا : تقليد مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو الايجار مع العلم بتقليده .

ثالثا : التقليد فى الداخل لمصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى منشور فى الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للايجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده .

رابعا : نشر مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى أو أداء محمى طبقا لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلى أو شبكات الإنترنت أو شبكة المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل ، بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور .

خامسا : التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأى جهاز أو وسيلة أو أداه مصممه أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره .

سادسا : الإزالة أو التعطيل أو التعييب بسوء نيه ، لأية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره .

سابعا : الاعتداء على أى حق أدبى أو مالى من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها فى هذا القانون . وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الاذاعية أو الأداءات محل الجريمة . وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنية ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

وفى جميع الاحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والادوات المستخدمة فى ارتكابها .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة ان تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر ، ويكون الغلق وجوبيا فى حالة العود فى الجرائم المنصوص عليها فى البندين (ثانيا ، ثالثا) من هذه المادة .

وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه (م ١٨١) .

الباب الثانى

أركان الحق

١٥٣ - تقسيم :

للحق ركنان ، هما أشخاص الحق ، ومحل الحق ، وفيما يلى نتناول كل من هذين الركنين فى فصل مستقل .

الفصل الأول

أشخاص الحق

١٥٤ - تمهيد وتقسيم :

الشخص لغة هو الإنسان أو الفرد ، وقانونا هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية . والشخصية القانونية هى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . والشخصية بهذا المعنى يطلق عليها أهلية الوجوب . وهى تثبت للإنسان منذ ولادته إلى حين موته .

والأصل فى الشخص أن يكون إنسانا ، وهو ما يسمى بالشخص الطبيعى . ولكن ما طرأ من تطورات اقتصادية واجتماعية ، أدى إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لجماعات من الأفراد ومجموعات من الأموال ، كالشركات والجمعيات والمؤسسات ، وهذه تسمّى بالأشخاص الاعتبارية أو المعنوية .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول فى الأول منهما الشخص الطبيعى ، ونخصص الثانى للشخص المعنوى .

المبحث الأول

الشخص الطبيعى

١٥٥ - تقسيم :

نقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص الأول لدراسة بداية الشخصية القانونية ونهايتها . ثم نتناول فى الثانى أهم خصائص الشخصية القانونية .

المطلب الأول

بدء الشخصية القانونية ونهايتها

١٥٦ - تقسيم :

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين : الأول ندرس فيه بدء الشخصية القانونية . والثانى نتناول فيه نهاية الشخصية القانونية .

الفرع الأول

بدء الشخصية القانونية

١٥٧ - تنص المادة ٢٩ من القانون المدنى على أن " ١ - تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته . ٢ - ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

وفى ضوء هذا النص ، فإننا سنعرض أولا لبداية الشخصية القانونية بالميلاد ، ثم للمركز القانونى للحمل المستكن (الجنين) .

١٥٨ - أولا - بداية الشخصية القانونية :

تبدأ شخصية الإنسان بالميلاد ، أى من اللحظة التى ينفصل فيها الجنين عن أمه ، أما قبل ذلك فإنه يعتبر جزءا منها .

وعلى ذلك يشترط لثبوت الشخصية القانونية للإنسان توافر شرطين هما :

١٥٩ - الشرط الأول - تمام الولادة :

ويقصد به انفصال الجنين عن أمه انفصالا تاما ، وعلى ذلك فلا يكفى لتوافر هذا الشرط أن يخرج أكثر المولود حيا ، بل يجب انفصاله بصورة تامة .

١٦٠ - الشرط الثانى - ثبوت حياة المولود لحظة تمام الولادة :

فيجب أن يثبت أن المولود قد ولد حيا لحظة انفصاله عن أمه ، أى لحظة قطع الحبل السرى . ولذلك لا تثبت الشخصية القانونية لمن ولد ميتا ، ولو كان حيا حين كان جنينا . كذلك لا تثبت الشخصية القانونية للمولود الذى انفصل أكثره عن أمه حيا ، ولكنه مات قبل تمام هذا الانفصال .

ولكن لا يلزم أن يظل المولود حيا لمدة معينة بعد الولادة حتى تثبت الشخصية القانونية له ، فتثبت له هذه الأخيرة ، ولو بقى على قيد الحياة للحظة واحدة ، ثم مات مباشرة بعد ذلك .

وتثبت حياة المولود بأعراض ظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والتنفس والحركة ، فإذا تعذر الأمر على القاضى وجب الرجوع إلى رأى الأطباء للتأكد من أن المولود قد ولد حيا .

وتبدو أهمية إثبات حياة الطفل من عدمه عند الميلاد ، لأنه إذا كان قد ولد ميتا ، يعاد توزيع ما وقف له من ميراث على ورثة مورثه ، أما إذا كان قد ولد حيا ثم مات ، يوزع نصيبه فى الميراث على ورثته هو ، دون ورثة مورثه .

١٦١ – ثانيا – المركز القانونى للحمل المستكن (الجنين) :

بعد أن وضعت المادة ٢٩ / ١ من القانون المدنى ، القاعدة العامة فى شأن ثبوت الشخصية القانونية ، وأنها لا تبدأ إلا بتمام ولادة الإنسان حيا ، أضافت الفقرة الثانية استثناء يقضى بثبوت الشخصية القانونية للحمل المستكن ، أو للجنين ، وذلك حين نصت على أنه " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

١٦٢ – الحقوق التى تثبت للجنين :

يتبين من ذلك أن الجنين تثبت له بعض الحقوق ، التى " يعينها القانون . ومن هذه الحقوق ، الحق فى ثبوت النسب من أبيه ، والحق فى اكتساب جنسية أبيه ، والحق فى الميراث ، والحق فيما يوصى له به .

وقد ثار الخلاف حول جواز الهبة للجنين . فذهب رأى أول إلى عدم جواز الهبة للجنين ، لأن الهبة عقد لا ينعقد إلا بقبول الموهوب له . والجنين ليس له إرادة حتى يقبل الهبة ، وهذه الأخيرة من الحقوق التى يتوقف ثبوتها على صدور قبول ممن تمنح له فلا تثبت للجنين ، كما لا يوجد قانونا من يقبل الهبة نيابة عنه ، فالوصى لا يعدو أن يكون أميناً على أموال الجنين حتى لا تضيع

عليه ، والجنين غير صالح لأن يتحمل بالالتزامات ، ومن ثم فلا تجوز له الهبة رغم أنها نافعة نفعا محضا له .

وذهب رأى ثان إلى جواز الهبة للجنين ، وينوب عنه فى قبولها الوصى ، فهذا الأخير ينوب قانونا عن الحمل المستكن وليس مجرد أمين على المال . فالقصد من تعيين وصى ليس فقط المحافظة على الأموال التى يكسبها الحمل دون حاجة لقبول ، وإنما يحق له أنْ يقبل نيابة عن الحمل حقوقاً جديدة متمخضة عن مصلحة له ، ولو كانت متوقفة على القبول . ومقتضى هذا الرأى ، بالمقابل ، أن الجنين يتحمل بالالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله التي ثبت له الحق عليها ، والالتزام يجب عليه بعبارة الوصى .

والحقيقة أن هذا الخلاف يرجع إلى ما ثار من جدل حول ثبوت الشخصية القانونية للجنين ، وهو ما نعرض له فيما يلى :

١٦٣ - الشخصية القانونية للحمل المستكن :

اختلف الفقه حول ثبوت الشخصية القانونية للجنين ، فذهب البعض إلى إنكار الشخصية القانونية للجنين ، بينما اعترف البعض الآخر له بالشخصية القانونية [٤٩] .

---

[٤٤] راجع فى عرض هذا الخلاف ، محمد نصر الدين منصور ، المدخل للقانون ، النظرية العامة فى الحقوق ، ج ١ ، ٢٠٠٠ ، ص ٥١ وما بعدها .

١٦٤ – الرأى الأول – إنكار الشخصية القانونية للجنين :

يذهب هذا الرأى إلى أن الجنين لا تثبت له الشخصية القانونية ، ومن ثم فهو ليس أهلا لاكتساب الحقوق ولا للتحمل بالواجبات . ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج يمكن إجمالها فيما يلى :

١ – إنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة ٤٢ من قانون المواريث ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التى تقضى بأنه يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين . ذلك أن هذا النص يفترض وقوع أمر معين هو تمام ولادة الجنين حياً ، فهو لا يعدو أن يكون مجرد احتياط وتحفظ لما عساه أن يقع فى المستقبل .

٢ – إن اكتساب الجنين للحقوق بأثر رجعى ، أى من تاريخ الحمل فى حالة ولادته حياً ، إنما هو محض افتراض أو مجاز قانونى ، لا ينبغى أن يتجاهل الواقع الذى يقضى بأن الحق لا يكتسب إلا عند تحقق الحياة .

٣ – إن الجنين ليس إنساناً ، يتمتع بالحياة ، كما أنه ليس كائنا ، له وجود قانونى ، يتوجه إليه خطاب الشارع .

٤ – إن اشتراط حق لصالح شخص مستقبل ، كما هو الحاصل فى الاشتراط لمصلحة الغير ، كحالة التأمين على الحياة لصالح طفل لم يولد بعد ، لا يعنى الاعتراف لهذا الطفل بالشخصية القانونية ، لمجرد أن هناك ثمة اشتراط قد اشترط لصالحه .

١٦٥ – الرأى الثانى – الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية :

يذهب هذا الرأى إلى ضرورة التسليم بالشخصية القانونية للجنين ، استنادا إلى عدة حجج :

١ – إن إنكار الشخصية القانونية للجنين ، وعدم ثبوتها إلا بالميلاد ، ينطوى على إنكار لأمر واقع ، هو وجود الجنين فى بطن أمه ، ويسوى بينه وبين العدم ، وهو ما يؤدى إلى تناقض إذ كيف ينظر إلى الجنين باعتباره عدما ، وتثبت له الحقوق بأثر رجعى ؟ لذلك كان من المحتم اللجوء إلى الافتراض أو المجاز القانونى ، الذى يقوم على افتراض بدء الحياة ، ومن ثم ثبوت الشخصية للجنين ، منذ لحظة الحمل .

٢ – وتفاديا لهذا الافتراض والمجاز ، فإن الراجح هو الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية ، حقيقة لا مُجازا ، تبدأ منذ حمله ، وهو ما يجنبنا الوقوع فى تناقض ، أو فى مغالطات منطقية ، ودون ما حاجة إلى اللجوء إلى المجاز .

والاعتراف للجنين بالشخصية القانونية من شأنه أن يكفل له المحافظة على حقه فى الحياة وحقه فى سلامة جسده ، ومن ثم يتمتع بالحماية الجنائية والمدنية .

كما أن هذا الرأى هو الذى يفسر سائر النصوص القانونية التى تواجه الحمل المستكن ، إذ التفسير المقنع لثبوت الحقوق للجنين ، هو اعتراف المشرع له ضمناً بشخصية قانونية ، تبدأ منذ لحظة الحمل .

وإذا كان الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين ، هو الرأى الراجح ، إلا أن هذه الشخصية ناقصة ليست باتة ، أى غير نهائية ، فهى موقوفة ومعلقة على شرط ولادته حياً ، وإلا زال كل شئ بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن .

الفرع الثانى

نهاية الشخصية القانونية

١٦٦ - تنتهى الشخصية القانونية للشخص الطبيعى بموته ، ويقصد بالموت هنا الموت الحقيقى أو الطبيعى ، الذى يثبت قطعا . ومع ذلك يجوز أن تنتهى الشخصية القانونية للإنسان ، دون التحقق من موته موتا حقيقيا ، وهو ما يعرف بحالة المفقود ، ويكون موت الإنسان فى هذه الحالة " موتا حكميا " ، حيث يحكم القاضى باعتبار المفقود ميتا ، فتنتهى شخصيته القانونية بهذا الحكم ، رغم أنه قد يكون حيا من الناحية الواقعية .

١٦٧ - أولا - الموت الحقيقى (الطبيعى) :

يثبت الموت الحقيقى بالعلامات الدالة عليه ، كما يثبت الميلاد بالعلامات الظاهرة الدالة عليه . ويكون إثبات واقعة الوفاة بإدراجها فى السجلات الرسمية المعدة لذلك ، كما يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية ، وذلك فى حالة عدم إدراجها فى السجلات ، أو مخالفة ما تم إدراجه فى السجلات للحقيقة (المادة ٣٠ من القانون المدنى) .

وتبدو أهمية معرفة لحظة الموت ، لتحديد حقوق الورثة ، خاصة في حالة ما يعرف " بأموات المعية " وهم من يموتون معا في حادث واحد ، كالغرقى والهدمى والحرقى ، فإذا كان بين هؤلاء توارث ، فإنه يجب معرفة من منهم مات أولا ، لأن من ظل حيا ، سيرث من مات قبله ، ثم يورث ماله ، بما فيه نصيبه في ميراث من مات قبله ، إلى ورثته .

ويستعين القضاء في ذلك برأى الطب الشرعى ، فإن تعذر تحديد أيهما مات قبل الآخر ، فلا توارث بينهما [٥٠] . وهو ما نصت عليه المادة ٣ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بقولها : " إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا ، فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر ، سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا " .

١٦٨ - ثانيا - الموت الحكمى (حالة المفقود) :

المفقود هو الشخص الذى غاب عن موطنه أو عن محل إقامته ، غيبة منقطعة ، أو انقطعت أخباره ، بحيث لا تعرف حياته من موته .

وقد نصت المادة ٣٣ من القانون المدنى على أن " تسرى في شأن المفقود والغائب ، الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فإن لم توجد ، فأحكام الشريعة الإسلامية " .

وقد صدرت العديد من القوانين الخاصة التى تنظم نصوصها مركز المفقود ، وهى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والمرسوم بقانون

---

[٤٥] جلال محمد إبراهيم ، مبادئ القانون ، دراسة موجزة لنظريات القانون والحق والالتزام ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٤ .

رقم ٢٥ لسنة ٢٩ ، وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، والمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال .

على أنه ينبغى التمييز ابتداء بين المفقود والغائب ، فالمفقود هو كل غائب لا تعرف حياته من موته . أما الغائب فهو كل من هجر موطنه وماله ، راضيا أو مرغما ، ولو كانت حياته محققة ، وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون عودته إلى موطنه الأصلى ، فإذا امتدت هذه الغيبة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك تعطل مصالحه ، عينت المحكمة له وكيلا ينوب عنه فى إدارة أعماله وأمواله .

وعلى ذلك فكل مفقود غائب ، ولكن ليس كل غائب مفقودا ، والذى يعنينا فى هذه الدراسة هو المفقود .

ويثير مركز المفقود ثلاث مسائل : الأولى هى مركز المفقود قبل الحكم بموته ، والثانية تاريخ وأثر الحكم بموت المفقود ، والثالثة هى أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته .

١ – مركز المفقود قبل الحكم بموته :

تكون شخصية المفقود ، فى الفترة بين غيابه ، وقبل الحكم بموته ، محل شك ، إذ لا يعرف ما إذا كان حيا أم ميتا فى هذه الفترة .

ويتحدد مركز المفقود فى هذه الفترة على أساس شقين :

الشق الأول : يعتبر المفقود حيا بشأن الأحكام التى تضره ، وتنفع غيره (أى يظل حيا فى حق نفسه) ، فتظل أموال المفقود مرتبطة بذمته المالية ، وتظل زوجته على ذمته ، ولا تستطيع الزواج بغيره ، إلا إذا

طلبت من القاضى تطليقها لتضررها من غيابه ، وليس على أساس وفاته .

الشق الثانى : يعتبر المفقود ميتا فى حق الأحكام التى تنفعه وتضر غيره (أى يعد ميتا فى حق غيره) ، وعلى ذلك لا يرث المفقود – فى هذه الفترة – أحدا ممن مات من أقاربه ، ولا يستحق بالفعل ما أوصى له به . ولكن مع ذلك يوقف للمفقود من التركة بقدر نصيبه الذى يستحقه ، وكذلك يحفظ له ما أوصى له به (المادة ٤٥ من قانون المواريث) ، وذلك إلى حين التأكد من حياته ، بعودته ، أو من موته بصدور الحكم بموته .

٢ – تاريخ وأثر الحكم بموت المفقود :

نتكلم هنا فى مسألتين ، الأولى هى المدة التى يحكم بانقضائها بموت المفقود ، والثانية هى أثر الحكم بموت المفقود .

المسألة الأولى – المدة التى يحكم بانقضائها بموت المفقود :

يفرق القانون ، فيما يتعلق بتحديد المدة التى يحكم بعدها بوفاة المفقود ، بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : الفقد فى العمليات الحربية (بالنسبة لأفراد القوات المسلحة) أو فى غرق سفينة ، أو سقوط طائرة :

وفى هذه الحالة ، يصدر القرار باعتبار المفقود ميتا بمضى سنة من تاريخ فقده . ويحل هذا القرار محل حكم القاضى [٥١] .

أ- وبالنسبة للفقد فى العمليات الحربية ، يشترط فى المفقود أن يكون من أفراد القوات المسلحة ، كما يشترط أن يكون الفقد أثناء عمليات حربية . فإذا توافر هذين الشرطين ، يصدر من وزير الدفاع قرار باعتبار المفقود ميتا .

ب – أما بالنسبة للفقد فى حادث غرق سفينة أو سقوط طائرة ، فيصدر القرار باعتبار المفقود ميتا ، من رئيس الوزراء .

الحالة الثانية : الفقد فى ظروف أخرى يغلب فيها الهلاك :

ومثال ذلك حالة الزلزال أو الفيضان ، وفى هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد مضى أربع سنوات من تاريخ فقده .

الحالة الثالثة : الفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك :

ومثال ذلك حالة من يسافر لطلب العلم أو السياحة أو العمل فى دولة أجنبية ، ثم تنقطع أخباره . وفى هذه الحالة يترك للقاضى أمر تقدير المدة التى يحكم بعدها بموت المفقود ، على أن يتقيد بالحد الأدنى ، وهو أربع سنوات ، فلا يجوز أن يحكم بموت المفقود قبل انقضاء هذه المدة ، وهو أمر منطقى ، إذ لا يتصور أن تقل المدة فى هذه الحالة عن الحالة السابقة ، وهى التى يكون الفقد فيها فى ظروف يغلب فيها الهلاك . ولكن

---

[٤٦] المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ب) فى ١ / ٦ / ١٩٩٢ .

من ناحية أخرى ، يجوز للقاضى أن يجاوز هذه المدة ، فلا يحكم بموت المفقود ولو انقضت أربع سنوات .

المسألة الثانية - أثر الحكم بموت المفقود :

تنص المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ، على أنه " عند الحكم بموت المفقود أو قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع ، باعتباره ميتا ، على الوجه المبين فى المادة السابقة ، تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين ، وقت صدور الحكم ، أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية ، كما تترتب كافة الآثار الأخرى " .

وفى ضوء هذا النص يمكن القول إن آثار الحكم باعتبار المفقود ميتا ، تتركز فى أمرين ، الأول بالنسبة لزوجته ، والثانى بالنسبة لأمواله .

أ - بالنسبة لزوجة المفقود :

بصدور الحكم باعتبار المفقود ميتا ، أو نشر القرار بالجريدة الرسمية ، تعتد زوجته عدة الوفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام) ، وبانتهاء هذه المدة ، يجوز لها أن تتزوج .

ب - بالنسبة لأموال المفقود :

متى صدر الحكم ، أو نشر القرار ، باعتبار المفقود ميتا ، تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم ، أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية . أما من مات منهم فى الفترة بين تاريخ الفقد

وتاريخ الحكم ، أو نشر القرار ، فلا يرث ، لأنه مات أثناء حياة المورث (المفقود) ، الذى لا تتأكد وفاته إلا عند صدور الحكم ، أو نشر القرار .

٣ – أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته :

إذا ظهر المفقود حيا بعد صدور الحكم ، أو نشر القرار ، بموته ، فإنه يجب التفرقة بين أمرين :

أ – بالنسبة لزوجة المفقود :

إذا لم تكن قد تزوجت ، استمرت الزوجية قائمة بينها وبين المفقود ، كما كانت قبل صدور الحكم . وإذا كانت قد تزوجت من آخر ، فإنها تكون لزوجها الأول (المفقود) ، واستثناء من ذلك تكون للزوج الثانى ، إذا توافرت شروط معينة :

١ – أن يكون قد عقد عليها فعلا .

٢ – أن يكون العقد قد تم بعد انقضاء عدة وفاة المفقود (أربعة أشهر وعشرة أيام) .

٣ – أن يكون الزوج الثانى قد دخل بزوجته .

٤ – أن يكون الزوج الثانى حسن النية ، أى لا يعلم بحياة المفقود .

وينتقد الفقه [٥٢] هذا الحل من ناحيتين : الأولى أنه لم يضع فى الاعتبار وجود أو عدم وجود أولاد لأى من الزوجين . الثانية أنه لم يضع فى الاعتبار إرادة الزوجة فى المفاضلة بينهما .

ب – بالنسبة لأموال المفقود :

إذا ظهر المفقود حيا ، بعد الحكم بموته ، فإنه يستطيع أن يسترد ما بقى من أمواله بين أيدى الورثة ، أو بين أيدى ورثة الموصى . وإذا كان المال قد استهلك ، أو تصرف فيه هؤلاء ، فلا رجوع له عليهم ، بشرط توافر حسن النية لديهم ، أى ثبوت عدم علمهم بحياة المفقود ، لأنهم تملكوا هذا المال بحكم القضاء .

---

[٤٧] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

المطلب الثانى

خصائص الشخصية القانونية

١٦٩ – تقسيم :

تتميز الشخصية القانونية للإنسان بعدة خصائص ، هى الاسم ، والحالة ، والموطن ، والأهلية ، والذمة المالية . وسنخصص لكل منها فرعا مستقلا فيما يلى .

الفرع الأول

الاسم

١٧٠ – تمهيد :

نتناول فى دراستنا للاسم ، كأحد خصائص الشخصية القانونية ، عدة مسائل ، فنعرض أولا ، لنصوص القوانين والمواثيق الدولية التى أكدت على الحق فى الاسم ، ثم لتحديد المقصود بالاسم ، ثم للطبيعة القانونية للاسم ، ثم لإثبات الميلاد تطبيقاً لقانون الأحوال المدنية رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٤ ، ثم لضوابط الاسم وفقا لقانون الطفل ، وأخيرا الحماية القانونية للاسم .

١٧١ – أولا – التأكيد على الحق فى الاسم فى نصوص القوانين والمواثيق الدولية :

الحق فى الاسم هو أول الحقوق القانونية التى تثبت للشخص عند ولادته بل ويجب تسميته . فالاسم هو الوسيلة الرئيسية لتمييز كل شخص عن غيره فى المجتمع .

وقد تعرضت العديد من النصوص لهذا الحق باعتباره أحد أهم السمات المميزة للإنسان .

فوفقا للمادة ٣٨ من القانون المدنى ، فإنه يجب أن يكون لكل شخص اسم ولقب ، كما أن لقب الشخص يلحق بأولاده .

كما نص قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ فى المادة ٥ منه على هذا الحق ، فقضى بأن " لكل طفل الحق فى أن يكون له اسم يميزه ، ويسجل هذا الاسم عند الميلاد فى سجلات المواليد ، وفقاً لأحكام هذا القانون " . ثم أضاف فى الفقرة الثانية " ولا يجوز أن يكون الاسم منطويا على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل ، أو منافيا للعقائد الدينية " .

كما حرصت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على ذكر هذا الحق صراحة . فنصت المادة ٧ /١ منها على أن " تعترف الدول الأطراف بأن يكون لكل طفل حق أصيل فى الحياة ، وأن يكون له اسم ..... " .

كما نص المبدأ الثالث من إعلان الأمم المتحدة الخاص بحقوق الطفل لسنة ١٩٥٩ على أنه " يجب أن يكون للطفل منذ ولادته الحق فى أن يعرف باسم وبجنسية معينة " .

١٧٢ - ثانيا - المقصود بالاسم :

للاسم معنيان أحدهما ضيق ، والآخر واسع .

والمعنى الضيق للاسم هو اسم الشخص وحده ، أو الاسم الشخصى ، وهو اللفظ الذى يطلق على الشخص لتمييزه بين أفراد الأسرة التى ينتمى إليها . ولتحقيق هذه الميزة ، وعدم الخلط بين أفراد الأسرة الواحدة ، نص قانون

الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى المادة ٢١ منه على " عدم جواز اشتراك أخوين أو أختين من الأب فى اسم واحد " .

أما المعنى الواسع للاسم فيقصد به الاسم الشخصى واللقب معاً. ويقصد باللقب ، اللفظ الذى يطلق على الأسرة التى ينتمى إليها الشخص ، ويشترك كل أفراد هذه الأسرة التى ينتمى اليها الشخص فى ذات اللقب . وقد أوضحت المادة ٣٨ من التقنين المدنى أن لقب الشخص يلحق أولاده فيأخذ الابن لقب أبيه . كما أكد قانون الطفل ذات المعنى حيث نص على أن من البيانات التى يشملها التبليغ عن المواليد هى نوع الطفل واسمه ولقبه (م ١٦) .

فالاسم واللقب يؤديان إلى تحديد وتمييز الشخص وأسرته فى نفس الوقت ، فاللقب يعبر عن الانتماء ، أما الاسم فهو يحدد الشخصية لأنه يدل على شخص معين (٥٣) .

ويلاحظ أن الاسم المقصود فيما سبق هو الاسم الحقيقى الذى يقيد به الشخص فى سجل المواليد . وإلى جانب هذا الاسم الحقيقى يمكن أن يكون للشخص اسم شهرة ، أو اسم مستعار ، أو اسم تجارى .

واسم الشهرة هو الاسم الذى يشتهر به الشخص بين الناس ، وإذا ما أراد هذا الشخص الذى اشتهر باسم معين أن يتخذ من اسم الشهرة اسما حقيقيا ، فما عليه إلا أن يتبع الإجراءات التى فرضها القانون لتغيير الاسم ، وإلا فإنه يتمتع باسم الشهرة ويستفيد به ، كما يتمتع باسمه حقيقى وإذا ما نازعه شخص فى استعمال هذا الاسم ، أو اعتدى عليه بأية

---

(٤٨) أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، ط ٥ ، ص ١٥٦ .

صورة كان له أن يلجأ إلى القضاء لحماية اسم الشهرة ضد الاعتداء ، ولوقف هذا الاعتداء .

أما الاسم المستعار ، فهو اسم يتخذه الشخص بين الناس ، يصطفيه ويطلقه على نفسه ، وذلك من أجل تحقيق غرض معين ، كأن يقدم شخص على صفقة عقارية أو مادية كبيرة ، فيتقدم لشراء الصفقة باسم مستعار خوفا من اشتداد المنافسة ، حين يعرف الناس دخوله فى هذا المجال ، وقد يكون تسميته بهذا الاسم أو اتخاذه هذا الاسم ، لأنه أكثر بساطة من اسمه الحقيقى مما يؤدى به إلى الشهرة . ويتمتع الاسم المستعار بنفس الحماية القانونية التى يتمتع بها الاسم الحقيقى واسم الشهرة بشرط إثبات اتخاذه (٥٤) .

١٧٣ - الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية :

الحق فى الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التصرف فيه ، لأنه تعبير عن ذات الإنسان ، ومن ثم فهو يخرج عن دائرة التعامل . كما لا يجوز للشخص أن ينزل لغيره عن اسمه . كما أن الاسم لا يسقط ولا يكتسب بعدم الاستعمال مهما طالت المدة .

١٧٤ - ثالثا - الطبيعة القانونية للاسم :

يجمع الاسم بين كونه واجبا وحقا ، إذ أن مصلحة الجماعة تقتضى اتخاذ أداة تميز كل عضو من أعضائها عن غيره ، فعلى كل

---

(٤٩) محمد نصر الدين منصور ، المدخل للقانون ، النظرية العامة فى الحقوق ، ج ١ ، ٢٠٠٠ .

شخص أن يتخذ اسما يميزه عن غيره ، بحيث يكون واجبا عليه اتخاذ ذلك الاسم ، منعا للاختلاط بين الأشخاص .

١٧٥ – رابعا – إثبات الميلاد تطبيقاً لقانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ :

١ – وقت التبليغ عن واقعة الميلاد :

تنص المادة ١٤ من قانون الطفل على أنه " يجب التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة " . وهو ذات الحكم الذى كانت تنص عليه المادة ١٩ من قانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ بشأن الأحوال المدنية .

ويلاحظ على هذا النص أنه قد وسع فى الوقت الذى يجب فيه التبليغ عن اسم المولود ولقبه ، فهو لم يحدد وقت قصير للتبليغ ، بل ترك للمكلف به فسحة من الوقت ، لتدبر أمره لحسن اختيار الاسم [٥٥] .

وقد رتب المشرع على مخالفة هذا النص عقوبة جنائية ، حيث نص فى المادة ٢٣ من قانون الطفل على أن " يعاقب على مخالفة أحكام المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ من هذا القانون ، بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه " .

وقد ذهب البعض [٥٦] ، بحق ، إلى أن الغرامة التى نص عليها قانون الطفل فى حالة مخالفة أو عدم الإلتزام بالتبليغ فى الميعاد ، ليست كافية ، بل كان يتعين الاستهداء بالحد الذى وضعه قانون الحالة المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤

---

[٥٥] نبيلة إسماعيل رسلان ، حقوق الطفل فى القانون المصرى ، الجزء الأول ، ص ٥٣ .

[٥٦] المرجع السابق ، ذات الموضع .

فى المادة ٦٦ ، حيث جعل الجزاء هو الغرامة التى لا تقل عن مائـــة جنيه ولا تزيد عن مائتى جنيه .

وفى حالة الميلاد خلال رحلة العودة من الخارج ، فيتعين حينئذ التبليغ عن واقعة الميلاد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الوصول .

وفى حالة عدم التبليغ خلال هذه المدة يكون الشخص " ساقط قيد " . وفى هذه يجب التفرقة بين تقديم طلب القيد خلال عام من تاريخ واقعة الميلاد ، وحينئذ يختص مديروا إدارات الأحوال المدنية بفحص طلب القيد وإصدار قرار القيد . وبين تقديم طلب القيد بعد مضى مدة أكثر من عام ، فتختص بها اللجنة المشار إليها فى المادة ٤٦ من هذا القانون .

٢ - الشخص المكلف بالتبليغ :

وفقا لنص المادة ١٥ من قانون الطفل فإن الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة واسم المولود وبياناته الأخرى هم والد الطفل إذا كان حاضرا . ثم والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية ، ثم مديروا المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات . كما يقوم بالتبليغ العمدة أو الشيخ فى القرى . كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية . ولا تقع مسئولية التبليغ على أحد من الفئات المتقدمة ، إلا فى حالة عدم وجود أحد من الفئات التى تسبقها فى الترتيب ، ولا يقبل التبليغ من غير المكلفين به .

٣ - الجهة التى تبلغ بواقعة الميلاد :

يتم التبليغ إلى مكتب الصحة الذى وقعت واقعة الميلاد وفى دائرته ، أو إلى الجهة الصحية التى يحددها وزير الصحة ، أو إلى العمدة أو الشيخ عند خلو الجهة من مكتب صحة ، كما هو الحاصل فى القرى والنجوع . ويجب على الموظف المختص بالقيد التحقق من مطابقة البيانات المبلغة للمستندات المرفقة .

٤ - التبليغ عن الميلاد فى أحوال خاصة :

نظم القانون حالتين خاصتين للتبليغ عن واقعة الميلاد ، الأولى هى التبليغ عن مولود توفى قبل التبليغ عن ولادته ، والثانية هى حالة من ولد ميتاً بعد الشهر السادس من الحمل .

الحالة الأولى : التبليغ عن مولود توفى قبل التبليغ عن ولادته :

أى التبليغ عن مولود توفى بعد ولادته حياً لكن قبل أن يتم التبليغ عن هذه الولادة ، فيتعين فى هذه الحالة التبليغ عن واقعة الميلاد ، فقد تأكدت ولادته حياً ، كما يجب التبليغ أيضاً عن واقعة الوفاة ٠ وحينئذ يكون التبليغ عن واقعة مركبة ولادة ووفاة ٠

الحالة الثانية : حالة من ولد ميتاً بعد الشهر السادس من الحمل :

وهنا أوجب القانون التبليغ عن وفاته فقط بمعنى إنه اكتفى بالتبليغ عن واقعة الوفاة فقط ٠

٥ - إثبات بيانات الميلاد :

يستطيع كل ذى شأن أن يحصل على مستخرج رسمى (صورة طبق الأصل) مما هو مقيد فى السجل المثبت لواقعة الميلاد . فإذا لم يتيسر الحصول على شهادة الميلاد لعدم القيد بالمرة ، أو لضياع أو تلف الدفاتر التى تحوى هذا القيد أو لمحو القيد ، أو إذا تضمنت شهادة الميلاد أو المستخرج الرسمى منها بيانات غير صحيحة ، فإنه يمكن إثبات الولادة ، أو إثبات عكس البيانات الثابتة بكافة طرق الإثبات . ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٢/٣٠ مدنى التى تقضى بأنه " إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج فى السجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى " .

١٧٦ - خامسا - ضوابط الاسم :

وردت هذه الضوابط فى قانون الأحوال المدنية ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ ، وقانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ .

فيجب أولا أن يحقق الاسم هدفه فى تمييز الأشخاص ، ولا يجوز اشتراك أخوين أو اختين من الجهتين أو من جهة الأب فى نفس الاسم . ومعنى ذلك أنه لا يجوز تسمى الأخوة الأب بنفس الاسم ، لأن الاسم حينئذ سيفقد وظيفته فى التمييز بينهم وبينهما .

كما يجب ثانياً الابتعاد عن الأسماء المركبة مثل محمد صلاح ومحمد حسام ، ويرجع المنع إلى الرغبة فى تفادى ما قد يقع من خلط بين أسماء الإخوة .

ويجب ثالثا ألا تنطوى التسمية على مساس بكرامة الإنسان أو انتهاك للنظام العام والآداب . وفى ذلك تنص المادة ٥ / ٢ من قانون الطفل على أنه " لا يجوز أن يكون الاسم منطويا على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافيا للعقائد الدينية ".

وبهذا النص وضع قانون الطفل حدا لما كان يقع من قيام بعض الأسر باختيار أسماء مهينة لأطفالهم ، أو من شأنها أن تجعل الطفل مثارا للتهكم أو السخرية . ولذا يعد هذا النص قيد ، فى محله ، على حرية الأسر فى اختيار أسماء المواليد ، بما يضمن مراعاة النظام العام والآداب العامة ، وهو قيد مرن وليس من شأنه المساس بحرية الآباء فى اختيار أسماء أبناءهم .

ومن قبيل الأسماء التى يحظر إطلاقها على الطفل ، تسميته باسم حيوان ، ويستثنى من ذلك التسمية بأسماء حيوانات يضرب بها المثل فى القوة والبأس كفهد ونمر.

كما يجب رابعا عدم تضمن الاسم ما يعتبر اعتداء أو انتهاكا للنظام العام وللآداب والشرائع السماوية ، فلا يجوز أن يتضمن الاسم لفظا مهينا بالخلق الحميد ، كما يجب ألا يتضمن ما ينطوى على خدش للحياء أو انتهاك للآداب العامة ، وهذه مسألة نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان والدين والعادات والتقاليد .

١٧٧ - سادسا - الحماية القانونية للاسم :

تقدم أن الاسم يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ولقد رسم المشرع نطاقا لحمايته من أى إعتداء ، وذلك بتحديد الأفعال التى تشكل

اعتداء أو انتهاكا له ، وأعطى لصاحبه أن يتخذ من الإجراءات ما يلزم لوقف هذا الاعتداء ولدرئه ، هذا الاعتداء قد يتمثل فى منازعة الغير لصاحبه باستعماله بلا مبرر ، وقد يتمثل فى انتحاله من قبل الغير .

فكل شخص له الحرية فى أن يستعمل اسمه ، أو ألا يستعمله ، ولا يجوز لأحد أن ينازعه فى ذلك .

أما الانتحال فيقصد به أن يتخذ الغير من اسم شخص اسما له ، فيتسمى به ، أو يستعمله دون أن يكون هذا اسمه ، ولكن ذلك لا يتأتى من تشابه الأسماء ، لأن التشابه لا يعنى تسمى الغير بهذا الاسم ، لكنه يعد اعتداء إذا انتحل صاحب الاسم المتشابه من هذا التشابه وسيلة لتحقيق مصلحة غير مشروعة لنفسه عن طريق هذا الانتحال .

ولمن حدث اعتداء على اسمه بأى صورة من الصور السابقة ، أن يلجأ إلى القضاء طالبا بوقف الاعتداء وذلك بقطع النظر عن حصوله ضرر أو عدم حصوله ، لكن يشترط على كل حال توافر مصلحة لرافع الدعوى ، فإذا ما لحق به ضرر من جراء الاعتداء كان له فضلا عن المطالبة بوقفه أن يطلب تعويضا يجبر ما لحقه من ضرر وما أصابه من أذى [٥٧] .

---

[٥٢] محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

الفرع الثانى
الحالة

١٧٨ - تعريف الحالة :

تعرف الحالة بأنها مجموع الصفات التى يعتد بها القانون فى الشخص ، ليرتب عليها آثارا قانونية من نواح معينة .

وتتمثل هذه الصفات فى الحالة السياسية للشخص ، وهو ما يعرف بالجنسية . ومن ناحية ثانية ، حالة الشخص أو مركزه بالنسبة للأسرة ، وهى ما تسمى بالحالة العائلية . ومن ناحية ثالثة ، هناك الحالة الدينية للشخص من حيث الدين الذى يعتنقه .

١٧٩ - أولا - الحالة السياسية (الجنسية) :

نعرض فيما يلى لتعريف الجنسية ، ثم لطرق كسب الجنسية ، وآثار اكتسابها أو عدم اكتسابها ، ثم نعرض بعد ذلك لمشكلة اكتساب الجنسية لمن يولد لأم مصرية وأب أجنبى معروف الجنسية .

١٨٠ - تعريف الجنسية :

هى أحد عناصر الحالة التى تثبت للشخص الطبيعى . وهى عبارة عن صلة معنوية وقانونية بين الفرد ودولته ، فهى رابطة قانونية أساسها خضوع الشخص لسيادة دولة وسيطرتها عليه ، نتيجة لارتباطه روحيا ومعنويا بالجماعة التى تعيش فى إقليم هذه الدولة .

ونتيجة لذلك ، فالجنسية لا تبنى على مجرد الإقامة فقط ، بل تبنى على أساس هذه الصلة الروحية ، لذلك تظل الجنسية للشخص ، ولو ترك إقليم الدولة التى ينتمى إليها لمدة طويلة أو قصيرة .

ووفقا للمادة ٣٣ من القانون المدنى ، فإن الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

١٨١ – طرق كسب الجنسية :

تنص المادة الثانية من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ على أن " يكون مصريا :

١- من ولد لأب مصرى .

٢- من ولد فى مصر من أم مصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له .

٣- من ولد فى مصر من أم مصرية ، ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً .

٤- من ولد فى مصر من أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط فى مصر مولودا فيها ما لم يثبت العكس " .

وفى ضوء هذا النص يمكن القول إن اكتساب الفرد لجنسية الدولة ، إما أن يتم لحظة الميلاد ، وتعرف الجنسية فى هذه الحالة بالجنسية الأصلية ، وإما أن تتم فى تاريخ لاحق على الميلاد ، ويطلق عليها فى هذا الفرض الجنسية الطارئة أو المكتسبة .

١ - الجنسية الأصلية المبينة على حق الدم :

واكتساب الجنسية فى هذه الحالة إما أن يكون من جهة الأب ، وهو ما يعرف بحق الدم المطلق ، أو من جهة الأم ، وهو ما يعرف بحق الدم المقيد .

(أ) حق الدم من جهة الأب (حق الدم المطلق) : اعتد المشرع المصرى فى تشريعات الجنسية المتعاقبة فى منح الجنسية المصرية ، كمبدأ عام ، بحق الدم المستمد من الأب . فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة الثانية على إنه " يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية ، من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية " .

(ب) حق الدم من جهة الأم (حق الدم المقيد) : لم يشأ المشرع المصري أن يجعل للنسب من الأم نفس الأثر الذي رتبه على النسب من الأب في نقل الجنسية إلي المولود ، فنص في الفقرة الثانية من المادة الثانية " يكون مصرياً ، من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له . كما قضي في الفقرة الثالثة " يكون مصرياً من ولد في مصر من أم مصرية ، ولم يثبت نسبته إلي أبيه قانوناً " .

٢ - الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم :

أخذ المشرع المصري بحق الإقليم بوصفه وسيلة لاكتساب الجنسية الأصلية على سبيل الاستثناء ، فنص في الفقرة الرابعة من المادة الثانية علـى أن " يكون مصرياً من ولد في مصر من أبوين مجهولين " .

ففي هذه الفقرة يمنح القانون الجنسية المصرية لمن ولد في مصر لأبوين مجهولين . ويعتبر اللقيط في مصر مولوداً فيها ما لم يثبت العكس ، وقد هدف المشرع بذلك إلي حماية الشخص من حالة انعدام الجنسية .

١٨٢ - مشكلة اكتساب الجنسية لمن يولد لأم مصرية وأب أجنبى معروف الجنسية :

تعد مشكلة اكتساب الجنسية لمن يولد لأم مصرية وأب أجنبى معروف الجنسية ، من المشكلات الاجتماعية الخطيرة التى تهدد الوضع القانونى للطفل ، وتبدو هذه المشكلة على وجه الخصوص حين يستقر هذا الطفل مع أمه في مصر ، حيث يعامل بوصفه أجنبياً ، لأن تشريع الجنسية المصري لا يعطى لهذا الطفل الجنسية المصرية بناءً على حق الدم المستمد من الأم .

وقد اختلف الرأى حول حق هذا الطفل فى اكتساب الجنسية المصرية ، ويمكن رد هذا الخلاف إلى رأيين :

١٨٣ - الرأي الأول : عدم الحاجة إلى تعديل تشريع الجنسية المصرى :

يذهب هذا الرأى إلى أنه ليس هناك ضرورة لتعديل تشريع الجنسية الحالى رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ، إذ يمكن منح الجنسية المصرية لهؤلاء الأطفال وفقا لأحكام هذا القانون ، إما وفقاً للمادة الثالثة منه ، والتى تقضى بأن " يعتبر مصرياً من ولد في الخارج من أم مصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له ، إذا اختار الجنسية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد ... وهو ما يعرف

بالتجنس ، أو على أساس المادة ٤/٤ التى تنص على أنه " يجوز بقرار من وزير الداخلية منح الجنسية المصرية لكل أجنبى ولد في مصر ، وكانت إقامته العادية منها عند بلوغه سن الرشد " .

١٨٤ – الرأى الثانى : ضرورة تعديل تشريع الجنسية المصرى :

يذهب هذا الرأى إلي ضرورة تعديل نص المادة الثانية من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ، بإضافة منح حق الطفل من أم مصرية تتمتع بالجنسية المصرية الأصيلة ، ويقترح التعديل على النحو التالي : أن يكون مصرياً : من ولد لأب مصرى أو أم مصرية – من ولد في مصر من أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط في مصر مولوداً ، فيما ما لم يثبت العكس " .

ويستند هذا الرأى إلي أن هذا الاقتراح يتفق مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية إلى الأبناء ، كما أن معظم التشريعات الحديثة لم تعد تفرق بين كل من الرجل والمرأة بصدد نقل الجنسية إلى الأبناء .

١٨٥ – ثانيا – الحالة العائلية (القرابة) :

نتناول فيما يلى تعريف القرابة ، وبيان أنواعها ، ثم إثباتها ، وأخيرا آثار ثبوتها .

١٨٦ – تعريف القرابة وأنواعها :

يقصد بالحالة العائلية الصفة التى تحدد مركز الشخص باعتباره عضوا فى أسرة معينة .

وقد نصت المادة ٣٤ من القانون المدنى على أن " ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه . ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " .

كما نصت المادة ٣٧ من القانون المدنى على أن " أقارب الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " .

وفى ضوء هذين النصين ، يتبين أن هناك نوعين من القرابة ، الأولى هى قرابة النسب ، أو ما يعرف بقرابة الدم ، والثانية هى ما تعرف بقرابة المصاهرة .

١ - قرابة الدم (أو النسب) :

ويقصد بها تلك القرابة التى تقوم على أساس صلة الدم . وتقوم هذه القرابة بين أشخاص ينحدرون من أصل واحد . وتنقسم هذه القرابة إلى نوعين : قرابة مباشرة ، وقرابة غير مباشرة .

(أ) القرابة المباشرة : وتعرف بقرابة الخط المستقيم ، هى التى تكون بين الأصول والفروع ، كقرابة الأب لابنه ، والجد لحفيده . وتحسب هذه القرابة على أساس أن كل فرع درجة ، دون أن يحتسب الأصل .

(ب) القرابة غير المباشرة : وتعرف بقرابة الخط المنحرف ، أو بقرابة الحواشى ، فهى التى تكون بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن يكون أحدهم أصلا للآخر أو فرعا له ، ومثالها قرابة الأخ لأخيه أو لأخته أو لعمه . ولحساب درجة هذه القرابة ، يحسب كل فرع درجة ، صعودا من الفرع إلى

الأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الأخير ، وكل فرع ، فيما عدا الأصل المشترك ، يعتبر درجة .

٢ – قرابة المصاهرة :

ويقصد بها القرابة التى تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وتحسب درجة قرابة المصاهرة كما تحسب درجة قرابة النسب ، فأخو الزوج يعتبر قريبا للزوجة من الدرجة الثانية ، وعم الزوجة يعتبر قريبا للزوج من الدرجة الثالثة ، وهى نفس درجة قرابة الزوجة إلى عمها .

ويلاحظ أن المصاهرة لا ترتب قرابة بين أقارب أحد الزوجين ، وأقارب الزوج الآخر ، فلا قرابة ، مثلا ، بين شقيق الزوج وشقيق الزوجة .

كما يلاحظ أن صلة الزوج بزوجته ليست صلة مصاهرة ، بل صلة زوجية .

١٨٧ – إثبات القرابة :

هناك ثلاث طرق يثبت بها النسب ، هى الزواج ، والإقرار ، والبينة ، نعرض لها ، فيما يلى ، بشئ من الإيجاز :

١ – الزواج :

ويقصد به الزواج الصحيح ، فإذا حملت امرأة في وقت كانت فيه زوجة ، فإن نسب من تلده يكون إلى زوجها . ولا يحتاج الأمر فى ذلك إلى إقرار الزوج بأبوته له ، أو إتيان الزوجة بينة على أن هذا الولد منه ٠

٢ – الإقرار :

الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر ، ويثبت به النسب كما يثبت بالفراش . والإقرار بالنسب نوعان ، مباشر وغير مباشر :

ويقصد بالإقرار بالنسب المباشر ، الإقرار بأصل النسب ، كالإقرار بالأبوة أو البنوة أو الأمومة . ويكفي في هذا النوع مجرد الإقرار لإثبات حق النسب ، فلا يتوقف ثبوته على بيان سبب هذا النسب . ذلك لأن الإنسان له ولاية على نفسه ، وإقراره بذلك لا يتعداه إلى غيره . فالإقرار هنا ليس فيه تحميل النسب على المقر . ولذا يثبت النسب بناءً على إقراره متى توافرت شروطه .

ويلزم لصحة الإقرار بالنسب المباشر توافر عدة شروط : ١ – أن يكون الولد المقر له بالبنوة مجهول النسب لا يعلم له أب ٠ ٢ – أن يكون من المحتمل أن يولد لمثل المقر مثل الولد المقر ببنوته ٠ ٣ – أن يصادق المقر له بالبنوة المقر على إقراره إذا كان مميزاً ٠ ٤ – ألا يكون الولد المقر ببنوته ابنه من الزنا ٠ ٥ – أن يكون الولد المقر له بالبنوة حياً وقت صدور الإقرار ٠

أما الإقرار بالنسب غير المباشر فيقصد به الإقرار بغير الولد الصلبى والوالدين المباشرين ، كالإقرار بالأخوة أو العمومة .

٣ – البينة :

والبينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين . وتتميز البينة عن الإقرار فى أنها حجة متعدية ، لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه ، بل يثبت في حقه وحق غيره . أما الإقرار فهو

حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلي غيره . كما أن ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار . فإذا أقر شخص ببنوة طفل وثبت نسبه منه لتوافر شروط الإقرار ، ثم جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام البينة على دعواه كان أولى وأحق بنسبه من الأول ٠

ويلاحظ أن القانون المصرى لا يقر بما يعرف بالقرابة الطبيعية ، وهى التى تنتج عن اتصال رجل بامرأة اتصالا غير شرعى ، ينتج عنه ولد ، فليس للولد غير الشرعى من حقوق سوى نسبه لأمه ، وحقه فى أن يرثها هى وقرابتها .

كما يلاحظ أن القانون المصرى لا يعترف بنظام التبنى ، ومن ثم لا تترتب عليه آثار القرابة .

١٨٨ – آثار القرابة :

تترتب على القرابة آثار هامة ، ففضلا عن حقوق الأسرة ، هناك آثار مالية ، كالحق فى الإرث والحق فى النفقة .

كما أن هناك حقوقا لا تتقرر إلا لدرجة معينة من الأقارب ، كالتعويض عن الضرر الأدبى ، فلا يجوز الحكم به إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية (المادة ٢٢٢ من القانون المدنى) .

١٨٩ – ثالثا – الحالة الدينية :

ويقصد بها انتماء الشخص إلى دين معين . والأصل أن الدين ليس عنصرا من عناصر الحالة . وهو ما تنص عليه المادة ٢٤ من الدستور بقولها :

" المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " .

ورغم ذلك ، فهناك بعض مسائل الأحوال الشخصية التى يظهر فيها أثر اختلاف الدين ، حيث تجعل الشريعة الإسلامية اختلاف الدين من موانع الميراث ، وقد نصت على ذلك المادة ٦ من قانون المواريث المصرى بقولها أنه " لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض " .

ومن ذلك أيضا اختلاف الحقوق المرتبطة ببعض مسائل الأحوال الشخصية . من ذلك أن للمسلم الحق فى الزواج بأكثر من واحدة ، والحق فى تطليق زوجته ، بينما ليس للمسيحى أن يتزوج بأكثر من واحدة ، يرتبط بها – بحسب الأصل – ارتباطا أبديا ، ولا يجوز له أن يطلقها ، بل إن المذهب الكاثوليكى – أحد المذاهب المسيحية – لا يجيز الطلاق حتى فى حالة ارتكاب الزنا من أحد الزوجين .

الفرع الثالث

الموطن

١٩٠ - تعريف الموطن وأهميته :

الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، أو الذى يفترض وجود الشخص فيه ، لمخاطبته فى شئونه القانونية (المادة ٤٠ من القانون المدنى) .

وللموطن أهمية كبيرة تظهر فى العديد من الحالات منها :

١ - يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فيها موطن المدعى عليه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (م ٤٩ مرافعات) .

٢ - إعلان الأوراق القضائية ، كصحيفة الدعوى والإنذارات ، يوجه إلى الشخص فى موطنه (م ١٠ مرافعات) .

٣ - شهر الإعسار يكون بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين (م ٢٥٠ مدنى) .

١٩١ - تحديد الموطن :

تختلف التشريعات فى تحديد الموطن ، ويمكن القول إن هناك اتجاهين رئيسيين ، الأول يأخذ بالتصوير الحكمى للموطن ، والثانى يأخذ بالتصوير الواقعى .

١٩٢ - الاتجاه الأول - التصوير الحكمى للموطن :

وفقا لهذا التصوير ، فإن موطن الشخص هو المكان الذى يوجد به المركز الرئيسى لأعمال الشخص ، ولو لم يكن الشخص يقيم فيه فعلا . ويتضح

من ذلك أن هذا التصوير يستند فى تحديد الموطن ، إلى محل عمل الشخص ، وليس إلى مكان إقامته ، وهو تصوير يقوم على الافتراض ، وليس الواقع .

وترتيبا على ذلك ، يكون موطن صاحب المحل التجارى فى المكان الذى يوجد به هذا المحل ، ولو كان هذا الشخص يقيم فى مكان آخر بعيد .

ويتميز هذا التصوير للموطن ، بسهولته ، لأن لكل شخص مركز رئيسى واحد لأعماله ، ومن ثم فلا تثور مشكلة تعدد الموطن ، التى يمكن أن تثور لو أخذنا بمعيار محل الإقامة ، لأن هذا الأخير قد يتعدد .

غير أنه يؤخذ على التصوير الحكمى للموطن أنه تصوير تحكمى ، يخالف الواقع ، إذ الواقع يقوم على ربط فكرة الموطن بالإقامة الفعلية .

١٩٣ - الاتجاه الثانى – التصوير الواقعى للموطن :

ويسمى كذلك لأنه يغلب الواقع عند تحديد الموطن ، فهو يربط بين الموطن ومكان الإقامة الفعلية للشخص ، فيرى أن الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص فعلا على سبيل الاستقرار والاعتياد .

ووفقا لهذا التصوير ، فإنه يلزم توافر شرطين لاعتبار المكان موطنا : الأول هو عنصر مادى ، ويتمثل فى الإقامة الفعلية ، والثانى عنصر معنوى ، ويتمثل فى نية الاستقرار ، فالفندق مثلا لا يعد موطنا للعميل مهما طالت إقامته فيه لعدم توافر نية الاستقرار .

ويتميز التصوير الواقعى للموطن ، بأنه يوافق الواقع ، لأنه من ناحية يربط الموطن بمكان الإقامة ، ومن ناحية أخرى ، يعترف بإمكان تعدد الموطن وانعدامه .

غير أنه يؤخذ عليه أمران : الأول هو عدم ثبات الموطن – عكس الحال في التصوير الحكمى – لسهولة تغييره ، وبالتالى يتاح للشخص التهرب من حكم القانون . والثانى أنه قد يؤدى إلى الخلط بين الحياة القانونية للشخص وحياته الشخصية .

١٩٤ – موقف القانون المصرى من تحديد الموطن :

أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى للموطن ، فنص فى المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن " ١ – الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة . ٢ – ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما " .

١٩٥ – أنواع الموطن :

ينقسم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص .

١ – الموطن العام :

ويقصد به المكان الذى يعتد القانون به فى مخاطبة الشخص قانونا بوجه عام . وقد يكون الموطن العام اختياريا أو إلزاميا .

(أ) الموطن العام الاختيارى :

وهو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، ولا تشترط فيه الإقامة المستمرة ، فيجوز أن تكون هناك فترات تغيب ، كما يجب ألا تكون الإقامة فيه إقامة عرضية .

ويترتب على هذا التحديد للموطن العام الاختيارى ، إمكان تعدد موطن الشخص بتحقق إقامته العادية فى أكثر من مكان ، كمن تكون له زوجتان تقيم كل منهما فى مسكن مستقل . كما يترتب على ذلك أيضا عدم وجود موطن لبعض الأشخاص ، كما هو الحال بالنسبة للبدو الرحل .

(ب) الموطن العام الإلزامى :

ويقصد به موطن من ينوب قانونا عن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب . غير أنه يلاحظ أن القانون يعتد – استثناء – بمحل إقامة ناقص الأهلية المأذون له بمباشرة بعض الأعمال فى خصوص مباشرة هذه الأعمال .

وقد نصت على ذلك المادة ٤٢ من القانون المدنى ، بقولها : " ١ – موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا . ٢ – ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " .

٢ – الموطن الخاص :

والموطن الخاص ، إما أن يكون هو موطن الأعمال ، أو الموطن المختار .

(أ) موطن الأعمال :

وهو الموطن الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة ، فيكون مكان ممارسة هذه التجارة أو الحرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بها .

(ب) الموطن المختار :

وهو الموطن الذى يثبت للشخص بإرادته ، وذلك لتنفيذ عمل قانونى معين . وقد نصت على ذلك المادة ٤٣ مدنى بقولها : " يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين " .

ولأن الموطن المختار استثناء على القاعدة العامة التى تجعل موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة ، فلا يجوز إثبات وجوده إلا كتابة (م ٤٣ / ٢ مدنى) .

وإذا عين الشخص بنفسه موطنا مختارا لتنفيذ عمل معين ، فإن هذا الموطن هو الذى يعتد به بالنسبة لجميع الإجراءات المتعلقة بهذا العمل ، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (م ٤٣ / ٣ مدنى) .

الفرع الرابع

الأهلية

١٩٦ - تعريف الأهلية :

تنقسم الأهلية إلى نوعين هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء . ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وهى لا ترتبط بالتمييز ، ولذلك تثبت لكل شخص بمجرد وجوده ، صغيرا كان أو كبيراً ، عاقلا أو مجنونا .

أما أهلية الأداء فهى قدرة الشخص على توجيه إرادته لإحداث آثار قانونية . وترتبط أهلية الأداء ببلوغ الشخص سن الرشد ، ولذلك فهى تتدرج بحسب سن الشخص ، كما تتوقف على ما قد يطرأ من عوارض أو موانع تؤثر فيها ، وما يستتبع ذلك من ضرورة حماية أموال ناقصى وعديمى الأهلية ، عن طريق نظامى الولاية والوصاية .

ويجب التنبيه إلى أن قواعد وأحكام الأهلية تعتبر من النظام العام ، فيقع باطلاً كل اتفاق على مخالفتها ، ووفقا للمادة ٤٨ فإنه ليس لأحد النزول عن أهليته أو التعديل فى أحكامها .

وفى دراستنا للأهلية نتناول عدة مسائل ، على أن نخصص لكل منها غصنا مستقلا ، وهى : ١- تدرج الأهلية بحسب السن . ٢ - عوارض الأهلية . ٣ - موانع الأهلية . ٤ - النظم المالية المقررة لحماية أموال ناقصى وعديمى الأهلية .

الغصن الأول

تدرجْ الأهلية بحسب السن

تنقسم حياة الإنسان من حيث الأهلية إلى ثلاث مراحل هى مرحلة انعدام الأهلية ، ومرحلة نقص الأهلية ، ومرحلة اكتمال الأهلية .

١٩٧ – المرحلة الأولى : مرحلة انعدام الأهلية :

يطلق عليها كذلك مرحلة انعدام التمييز ، وتبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الشخص وتنتهى عند بلوغه سن السابعـــــــة ، بحيث يعتبر الصغير دون هذه السن غير مميز أياً كانت درجة نضوجه العقلى . فالشخص منذ أن يولد حتى سن السابعة يفتقد الإدراك والتمييز ، وينعدم لديه كل مقدرة على الإدراك والتمييز ، لضعف بنيته وقصور عقله ، فتنعدم لديه أهلية الأداء مطلقا .

١٩٨ – المرحلة الثانية – مرحلة نقص الأهلية :

وتبدأ هذه المرحلة من بلوغ الشخص سن التمييز إلى ما قبل بلوغ سن الرشد ، أى من سن السابعة إلى ما قبل بلوغ الحادية والعشرين ، ويعرف الشخص فى هذه المرحلة بالقاصر أو الصبى المميز أو ناقص الأهلية .

١٩٩ – المرحلة الثالثة – مرحلة اكتمال الأهلية :

وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الشخص سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٢/٤٤) وتنتهى هذه المرحلة انتهاء طبيعياً بوفاة الإنسان ، بمعنى أن الأصل فى الشخص الذى بلغ رشده أن يظل كذلك حتى يموت ما لم يصب بما يؤثر فى تمييزه وإدراكه كالجنون .

والرشد هو حسن التصرف فى المال ، أو هو الصلاح فى حفظ المال ٠

وتثبت الأهلية الكاملة للشخص متى بلغ إحدى وعشرين سنة بقوة القانون ، دون ما حاجة إلى حكم من مخكمة بذلك ٠

٢٠٠ – أثر سن الشخص على صحة تصرفاته القانونية :

يختلف حكم التصرفات الصادرة عن الشخص بحسب مرحلة الأهلية التى يكون فيها ، ولذا يجب أن نميز بين التصرفات الصادرة عن الصبى غير المميز ، وتلك الصادرة عن الصبى المميز ، وأخيرا التصرفات التى تصدر عن الشخص البالغ الرشيد .

وقبل أن نعرض لحكم هذه التصرفات ، ينبغى أولا أن نشير إلى أنواع التصرفات ، وهى أنواع ثلاثة : تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر .

١ ـ التصرفات النافعة نفعاً محضاً :

هى التصرفات التي يترتب عليها اغتناء الشخص بلا مقابل : لأنها تدخل في ذمته حقاً دون أن تحمله أى التزام ، ومثالها قبول الهبة فهو يعتبر بالنسبة للموهوب له تصرفاً نافعاً محضاً ، لأنه يترتب عليه تملكه للشىء الموهوب بلا مقابل .

٢ – التصرفات الضارة ضررا محضاً :

وهى التى يترتب عليها افتقار الشخص دون أية منفعة تعود عليه ، لأنها تخرج حقاً من ذمته أو تحمله بالتزام دون مقابل ، ويطلق عليها اصطلاح

التبرعات أو أعمال التبرع ، ومثالها الهبة بالنسبة للواهب والوصية بالنسبة الموصى .

٣ ــ التصرفات الدائرة بين النفع والضرر :

وهى التصرفات التي لا يترتب لمن يباشرها اغتناء خالص ولا افتقار خالص ، لأن الشخص إذا أعطى فهو يأخذ مقابلاً لما يعطيه ، ومثالها البيع والإيجار ، ففى البيع يعطى البائع المبيع ويأخذ الثمن عوضاً عنه ، وفي الإيجار يقدم المؤجر منفعة الشيء المؤجر ويأخذ الأجرة في مقابل هذه المنفعة .

وتنقسم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إلى قسمين : أعمال تصرف وأعمال إدارة .

ويقصد بأعمال التصرف تلك الأعمال التى يترتب عليها خروج حق من ذمة المتصرف كالبيع ، أو إنشاء حق عينى على شئ مملوك للمتصرف كالرهن .

أما أعمال الإدارة فلا يترتب عليها ، فى الأصل ، خروج حق من ذمة المتصرف أو إنشاء حق عينى على شئ مملوك له ، فهى الأعمال التى يقصد بها المحافظة على حقوق الشخص واستثمارها ، أى الحصول على غلتها مع بقائها فى ذمة صاحبها ، كالتأجير فهو يؤدى إلى حصول المؤجر على أجرة الشيء المؤجر مع بقائه فى ملكه .

٢٠١ – وبعد أن بينا أنواع التصرفات القانونية من حيث الأهلية ، فإننا نتناول حكم كل نوع من هذه التصرفات بحسب درجة أهلية الشخص .

٢٠٢ - أولا - حكم تصرفات الصبى غير المميز :

لما كان الصبى غير المميز عديم الأهلية ، فلا يجوز له القيام بأى نوع من التصرفات القانونية ، وإلا كان تصرفه باطلاً بطلانا مطلقاً ، أى منعدما لا وجود ولا أثر له .

ويسرى هذا الحكم أيا كان نوع التصرف القانونى ، أى سواء كان هذا التصرف نافعا نفعا محضا كأن يقبل هبة ، ولذلك لا يجوز للصغير غير المميز أن يقبل الهبة بنفسه ، وإذا صدر منه القبول ، فإنه لا يعتد به ويكون العقد باطلاً . ونفس الحكم إذا كان التصرف ضارا ضررا محضا كأن يهب للغير ، أو كان دائرا بين النفع والضرر كأن يبيع شيئا يملكه .

ويرجع ذلك إلى أن كل التصرفات القانونية ، بما فى ذلك التصرفات النافعة نفعا محضا ، تتطلب توافر الإرادة لدى من يقوم بها ، وعديم التمييز لا إرادة له قانوناً ، فإذا أبرم أى تصرف كان تصرفه باطلاً بطلانا مطلقاً ، لا أثر له قانونا .

٢٠٣ - ثانيا - حكم تصرفات الصبى المميز :

الصبى المميز هو كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، أى من بلغ سن السابعة ولم يبلغ سن ٢١ سنة ميلادية . وهو يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

وقد وردت أحكام أهليته فى المادتين ١١١ ، ١١٢ من القانون المدنى ، فضلا عن بعض أحكام أخرى تكفل قانون الولاية بالنص عليها .

وقد وضعـــت المادة ١١١ الأصل العام فى أحكام أهلية الصبي المميز ، حيث تقضى بأن تصرفاته المالية تكون صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه ، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون ٠

ويتبين من ذلك أن حكم تصرفات الصبى المميز ، أى ناقص الأهلية ، يختلف حسب طبيعة التصرف . فيجـــوز له مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا ، كقبول الهبة ٠

وبالعكس من ذلك لا يجوز له إبرام التصرفات الضارة ضررا محضا ، وإلا كان تصرفه باطلاً بطلانا مطلقاً ، أى معدوما لا ينتج له أى أثر . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب بطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ٠ فيجوز للقاصر أو لوليه أن يطلب البطلان ، كما يجوز طلب البطلان من جانب الغير المتعاقد مع القاصر ٠

أما بالنسبـــة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهى قابلة للإبطال ، أى باطلة بطلاناً نسبياً ، بمعنى أنه يكون موجوداً وصحيحاً فى الحال وينتج آثاره ، أما مستقبله فهو يحتمل أحد أمرين ، إما إجازته ممن يملك ذلك فيظل صحيحاً ، وأما أن يطلب بطلانه ، ومتى قضى بالبطلان فإن التصرف يعتبر كأن لم يكن ٠

والقابلية للإبطال من حق ناقص الأهلية ذاته أو من يمثله ، بمعنى أن التصرف لا يقع باطلاً بقوة القانون ، بل يقع صحيحاً ، ولكن يمكن إبطاله بناء على طلب من يمثل ناقص الأهلية ويرعى شئونه (كالولى أو الوصى) ، أو بناء على طلب ناقص الأهلية نفسه عندما تكتمل أهليته ، إذ يحق للقاصر أن يجيز التصرف خلال ثلاث سنوات من بلوغه سن الرشد ، وبطبيعة الحال لا يجوز له أن يجيز التصرف قبل بلوغ سن الرشد .

فإذا أجاز القاصر التصرف تأكدت صحته ، ولا يجوز له بعد ذلك طلب إبطاله . ولأن الإبطال مقرر لمصلحة ناقص الأهلية وحده ، فلا يجوز لمن تعاقد معه أن يتمسك بإبطال العقد بسبب نقص الأهلية لدى من تعاقد معه .

٢٠٤ - حق المتعاقد مع ناقص الأهلية فى مطالبته بالتعويض :

تنص المادة ١١٩ من القانون المدنى على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته " .

يؤخذ من هذا النص أنه إذا كان المتصرف ناقص الأهلية ، فإنه يستطيع فى جميع الحالات التمسك بإبطال التصرف بسبب نقص أهليته ، وذلك سواء كان المتعاقد معه يعلم بنقص أهليته ، أو يجهل ذلك .

على أنه إذا كان المتعاقد مع ناقص الأهلية حسن النية ، يعتقد أنه يتعاقد مع شخص كامل الأهلية ، وكان ناقص الأهلية قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ، فإنه يجوز لمن تعاقد معه أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذى يصيبه من جراء أبطال العقد (م ١١٩ مدنى) ، إذ يعتبر لجوء ناقص الأهلية

إلى استعمال طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، عملا غير مشروع يلزمه بالتعويض عملا بقواعد المسئولية التقصيرية ، وتحقق هذه المسئولية لا يتطلب فى مرتكب الفعل الضار سوى أن يكون مميزاً ، فلا يشترط أن يكون بالغاً رشيدا (م ١٦٤ مدنى) .

٢٠٥ – صحة تصرفات الصبى المميز فى بعض الأحوال :

الأصل – كما ذكرنا – أن الشخص فى الفترة ما بين بلوغه سن السابعة وقبل بلوغ ست إحدى وعشرين سنة ، يعتبر ناقص الأهلية ، وتكون تصرفاته صحيحة متى كانت ناقصة نقصا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا ، وقابلة للابطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

واستثناء من هذا الأصل اعتبر المشرع بعض تصرفات الصبى المميز ، صحيحة ، فى أحوال معينة ، يعتبر فيها الصغير كامل الأهلية ، خلافاً لما ورد في القواعد العامة ، وهى :

١ – أهلية القاصر فى التصرف فى المال المخصص لنفقته :

طبقـــاً لنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال يكون للقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت يده من أموال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال . وهذا الاستثناء تقتضيه الضرورات العملية .

وبناء على ذلك فللقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له ، أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط .

وعلى ذلك إذا أعطى أب لابنه القاصر مبلغا من النقود ليستعمله فى أغراض نفقته ، كشراء طعام أو ملابس ، أو الترفيه عن نفسه ، فإن القاصر يعتبر كامل الأهلية بالنسبة لهذه النقود ، فيستطيع أن يتعامل بها ، وتكون تصرفاته المتعلقة بها صحيحة ٠

٢ - أهلية القاصر لإبرام عقد العمل :

تنــــص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذوى الشأن ، إنهاء العقد لمصلحة القاصر أو لمصلحة أخرى ظاهرة ٠

وفى ضوء هذا النص فإنه يجوز للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى ، ويكون عقده صحيحاً ولو لم يشترك وليه أو وصيه معه فى إبرامه ، وذلك متى لم يترتب على هذا الحكم تهديد مصلحة القاصر ، وإلا جاز للمحكمة أن تحكم بإنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر ، وذلك بناء على طلب من وليه أو وصيه أو من النيابة العامة .

ووفقا للمادة ٦٤ من قانون الطفل فإنه يحظر تشغيل أو تدريب الصبية قبل بلوغهم الرابعة عشرة ، فلا يجوز للطفل أن يبرم عقد العمل الفردى ، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ٠ أما ببلوغه هذه السن ، تكتمل لديه الأهلية لإبرام عقد العمل ، فلا يحتاج إلى ولى أو وصى ، فهو الذى يبرمه بنفسه ٠

والحكمة من رفع سن الشغل (العمل) أن الطفل فى هذه السن هى مراعاة المقدرة الجسمية للصبى المميز ، حيث قدر المشرع أن

الصبى المميز قبل الرابعة عشرة ، لا يكون قادراً على العمل والشغل ، بل ولا يصلح للتدريب أى للالتحاق بمرحلة تكوين مهنى .

والحكمة من تقرير هذا الاستثناء ، بصفة عامة ، ترجع إلى الرغبة فى تشجيع الصغير على العمل ، كما أن المشرع قدر حاجة الصغير إلى الالتحاق بعمل فى سن مبكرة لقضاء حاجاته المعيشية ، هو وأفراد أسرته ، بل وربما استجابة لحاجة أصحاب الأعمال إلي الصبية في هذه المرحلة من السن لتدريبهم وتلقينهم أصول الصناعات والحرف .

٣ - أهلية القاصر الذى بلغ السادسة عشر للتصرف فى كسب عمله :

تنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أنه " يكون القاصر الذي يبلغ سن السادسة عشر أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته ، ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة ، أن تقيد حق القاصر فى التصرف في المال المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية " .

وفى ضوء هذا النص فإن القاصر الذى بلغ السادسة عشر أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، فيجوز لـــه أن يبرم جميع التصرفات القانونية فى حدود هذا الكسب ، ولكن لا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته .

وللمحكمة ، إذا اقتضت المصلحة ، أن تقيد حق القاصر فى التصرف فيما يكسبه من عمله ، وعندئذ يخضع التصرف فى هذا المال لإشراف من له الولاية أو الوصاية على القاصر .

٤ – الإذن للقاصر البالغ ثمان عشرة سنة بإدارة أمواله :

وفقا للمادة ١١٢ من القانون المدنى ، إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

ويترتب على هذا الإذن أن تكون للقاصر الأهلية الكاملة فيما أذن له بإدارته ، إذ يعتبر القاصر كامل الأهلية فيما أذن له فيه ، وفى التقاضى فيه (م ٦٤) .

ويصدر الإذن بالإدارة من الولى ، إذا كان هو القائم على شئون القاصر ، فيجوز له أن يأذن الصبى في إدارة أمواله كلها أو بعضها. ويجب فى هذه الحالة أن يحصل الإذن بإشهاد رسمى أمام الموثق .

وإذا كان الوصى هو القائم على شئون القاصر ، فإن الإذن بالإدارة يصدر من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن بالإدارة ، فلا يجوز تجديد ذلك الطلب إلا بعد مضى سنة من تاريخ القرار النهائى بالرفض .

وبطبيعة الحال للمحكمة أن تأذن للصبى فى إدارة أمواله كلها أو جزء منهـا فقـط .

والهدف من تسليم أموال القاصر إليه فى هذه المرحلة هو تمرينه وتدريبه على إدارة هذه الأموال ، حتى إذا ما بلغ رشده ، واكتملت أهليته ، لم يفاجأ بانعدام خبرته أو قلتها .

والأعمال التى يجوز للقاصر المأذون له القيام بها هى :

(أ) أعمال الإدارة :

وتشمل الأعمال اللازمة للمحافظة على أمواله وصيانتها واستثمارها ، وله فى سبيل ذلك أن يؤجر هذه الأموال ، بشرط ألا تزيد مدة الإيجار على ثلاث سنوات إذا كان الشىء المؤجر من المنقولات أو كان عقارا غير المبانى والأراضى الزراعية ، أما إذا كان من المبانى والأراضى الزراعية ، فلا يجوز للقاصر المأذون أن يؤجرها لمدة تزيد على سنة .

(ب) وفاء واستيفاء الديون المترتبة على أعمال الإدارة :

ومثال ذلك وفاء نفقات إصلاح مال من أمواله ، واستيفاء الأجرة . ولكن لا يجوز للقاصر أن يفى بأى دين غير مترتب على إدارته ، ولو كان ثابتا بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر ، إلا بإذن من المحكمة ، أو من الوصى إذا كان هذا الإذن يدخل فى حدود سلطاته (م ٥٦) .

(ج) التصرف فى صافى الدخل الناتج عن الإدارة :

ويكون ذلك بالقدر اللازم لسد نفقاته ، ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٢/٥٦) .

ويلاحظ أن أهلية القاصر المأذون بالإدارة تخضع للرقابة ، إذ يجوز للولى ، إذا كان الإذن بالإدارة صادرا منه ، أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد رسمى .

أما إذا كان الإذن صادرا من المحكمة ، فإنه يجب على الصبى أن يقدم إليها حساباً سنوياً عن أعمال إدارته ، فإذا وجدت أن القاصر قد أضر بمصلحته جاز لها أن تسحب الإذن أو تقيده .

٥ – الإذن للقاصر البالغ ثمان عشرة سنة بالتجارة :

وفقا للمادة ٥٧ من قانون الولاية على المال فإنه يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية ، أن يتجر إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره ، وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مقيداً أو مطلقاً .

وتقتصر سلطة الإذن بالتجارة على المحكمة وحدها ، فلا يجوز ذلك للولى أو الوصى ، ويرجع ذلك إلى أن التجارة ليست من أعمال الإدارة ، لأنها تهدد رأس المال ، مما يقتضى وجود إشراف مباشر من المحكمة على الإذن بها .

وتصرفات المأذون بالتجارة تكون صحيحة ، أي أنه يعتبر كامل الأهلية بالنسبة لكافة الأعمال المتعلقة بالتجارة والتي أذن له القيام بها ، فيجوز له أن يقوم بكافة الأعمال التي تتطلبها مباشرة تجارته ، من شراء وبيع للبضاعة التي يتجر فيها ، واستخدام للعمال الذين يعاونونه في تجارته واستئجار لأماكن مباشرة هذه التجارة .

ويعامل القاصر المأذون بالتجارة معاملة كامل الأهلية ، فلا يجوز له التمسك بالغبن المقرر للقاصر ، ويسرى فى مواجهته التقادم المقرر لأعمال التجارة .

٦ – الإذن للقاصر البالغ ثمان عشرة سنة بالإيصاء :

يجوز للقاصر الذى يبلغ سن الثامنة عشر أن يوصى بأمواله متى أذنت له المحكمة بذلك ، وعلى الرغم من أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، إلا أن المشرع قد أجازه باعتبار أن الوصية عمل من أعمال

القربى قصد بها أن يصل الموصى أقرباءه ، يضاف إلى ذلك أن القاصر يجوز له أن يرجع فى الوصية لأنها غير لازمة ، كما أنها لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصى ، فلا خطر منها على أمواله أثناء حياته .

٧ – الإذن للقاصر في التصرفات المرتبطة بالزواج :

أجاز المشرع للمحكمة الإذن للقاصر الذى له مال فى الزواج ، ويقتصر هذا الإذن على السماح للقاصر بالتصرف في أمواله بالقدر الذى يغطى نفقات الزواج من مهر ونفقة وغير ذلك (نص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال) .

الغصن الثانى

عوارض الأهلية

وهى أمور تعرض فتؤثر فى أهلية الشخص ، وهى عاهات عقلية تعدم الأهلية أو تنقصها ، وهى الجنون والعته والسفه والغفلة .

٢٠٦ – أولا – الجنون والعته :

الجنون هو فقدان العقل واختلال توازنه ، والعته خلل يصيب العقل فيؤدى إلى اختلاط الكلام وفساد التدبير .

وقد سوى المشرع بين المجنون والمعتوه ، من ناحية ، والصبى غير المميز ، من ناحية أخرى ، فاعتبر كلا منهما عديم التمييز . وقد نصت على هذا المادة ٤٥ / ١ مدنى بقولها : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية ، من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون " .

وقد فرق المشرع فى شأن حكم تصرفات المجنون والمعتوه بين التصرفات التى تصدر عن أى منهما قبل تسجيل قرار الحجر ، وتلك التى تصدر بعد تسجيل قرار الحجر ، فنص فى المادة ١١٤ من القانون المدنى على أن " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " .

ويتضح من ذلك أنه يجب التفرقة بين تصرفات المجنون والمعتوه التى تصدر قبل تسجيل قرار الحجر ، وتلك التى تصدر بعده .

فإذا كان التصرف قد صدر قبل تسجيل قرار الحجر ، فإنه يكون صحيحا ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها (م ١١٤ / ٢ من القانون المدنى) .

أما إذا كان التصرف قد صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، وقع باطلا بطلانا مطلقا ، سواء كانت نافعة نفعا مطلقا ، أو دائرة بين النفع والضرر .

٢٠٧ – ثانيا – السفه والغفلة :

ويقصد بالسفه تبذير المال فى غير موضعه وعلى غير مقتضى الشرع والعقل . أما الغفلة فهى عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة عند التعامل .

وقد فرق المشرع فى شأن حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بين التصرفات التى تصدر عن أى منهما قبل تسجيل قرار الحجر ، وتلك التى تصدر بعد تسجيل قرار الحجر ، فنص فى المادة ١١٥ من القانون المدنى على أنه " ١ – إذا صدر التصرف من ذى الغفلة أو من السفيه ، بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ، ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من

أحكام . ٢ – أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

ويؤخذ من ذلك أن الأصل هو صحة التصرفات التى تصدر ، عن السفيه وذى الغفلة ، قبل تسجيل قرار الحجر . واستثناء من ذلك يكون التصرف باطلا ، أو قابلا للإبطال ، حسب ما إذا كان ضارا ، أو دائرا بين النفع والضرر ، فى حالتين هما : وجود استغلال أو تواطؤ . وذلك بأن يكون التصرف قد تم نتيجة استغلال الغير لسفه الشخص أو غفلته ، أو نتيجة تواطؤ بين السفيه والغير ، حين يعمد الأول إلى التصرف فى أمواله للتهرب من أحكام الحجر الذى يتوقعه .

أما إذا كان التصرف قد صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، فإنه يأخذ حكم التصرف الصادر من الصبى المميز ، فيكون صحيحا إذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا إذا كان ضارا ضررا محضا ، وقابلا للإبطال إذا كان دائرا بين النفع والضرر .

الغصن الثالث

موانع الأهلية

٢٠٨ – موانع الأهلية هى ظروف مادية أو طبيعية أو قانونية ، تقوم لدى الشخص فتمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه منفردا ، ولهذا يقيم القانون من يتولى مباشرة هذه التصرفات أو يساعده فى مباشرتها .

وعلى ذلك ، فموانع الأهلية لا تؤثر فى تمييز الشخص أو إدراكه ، كما هو الحال فى عوارض الأهلية ، بل إن إرادة الشخص تكون صحيحة ، وتمييزه

كاملا ، أى أن أهليته تكون كاملة ، غير أنه لا يستطيع ، لقيام هذه الموانع ، من مباشرة التصرفات القانونية .

وتنقسم موانع الأهلية إلى ثلاث حسب طبيعتها : الأول مانع مادى ، وهو الغيبة . والثانى مانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد . والثالث مانع قانونى وهو الحكم بعقوبة جناية .

ونعرض فيما يلى لكل من هذه الموانع :

٢٠٩ - أولا - المانع المادى (الغيبة) :

قد يتغيب الشخص عن موطنه ، ويترتب على غيبته تعطل مصالحه ، فيلزم تعيين شخص يتولى إدارة أمواله . فالغائب من ليس له محل إقامة ولا موطن معلوم خارج مصر ، واستحال عليه أن يدير شئونه بنفسه ، أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها .

وقد يكون الغائب مفقودا لا تعرف حياته من مماته ، وقد تكون حياته مؤكدة ، ولكن ظروف وجوده فى الخارج تحول دون مباشرته أموره بنفسه ، وفى جميع الأحوال ، تقوم المحكمةُ بتعيين وكيل ، أو تثبيت الوكيل القائم ، بعد مضى سنة على الغيبة (م ٧٤ ، ٧٥ من قانون الولاية على المال) .

٢١٠ - ثانيا - المانع الطبيعى (وجود عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد) :

تنص المادة ١١٧ من القانون المدنى على أنه " ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى

تقتضى مصلحته فيها ذلك . ٢ – ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

وقد نصت على ذات الحكم المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال ، ولكنها أضافت أنه يجوز تعيين مساعد قضائى أيضا " إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد " .

ويتضح من ذلك أنه يلزم توافر ثلاثة شروط لتعيين مساعد قضائى فى هذه الحالة هى :

١ – أن يكون الشخص مصابا بعاهة مزدوجة أو بعجز جسمانى شديد . والعاهة المزدوجة هى أن يكون أصم أبكم أو أصم أعمى أو أعمى أبكم ، أى أن تجتمع عاهتان من هذه العاهات الثلاث . أما العجز الجسمانى الشديد فهو العجز الذى يعوق الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، كحالة الشلل الكلى أو النصفى ، أو حالة الضعف والهزال الشديد .

٢ – أن يكون من شأن هذه العاهة المزدوجة أو الضعف الجسمانى الشديد ، تعذر التعبير عن الإرادة بسببهما ، بحيث يخشى انفراد الشخص بالتصرف فى أمواله .

٣ – أن يكون تعيين المساعد القضائى فى شأن تصرفات قانونية معينة ، وهى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال ، وهى طائفة من التصرفات الهامة التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية

الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة .

ويلاحظ أن التصرف القانونى يتم فى هذه الحالة بالاشتراك بين المساعد القضائى ، ومن تقررت المساعدة له ، ومن ثم فلا يجوز لأى منهما أن ينفرد بإبرام التصرف القانونى بمفرده .

فإذا صدر التصرف ممن تقررت مساعدته وحده دون اشتراك المساعد معه ، كان التصرف قابلا للإبطال متى صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة . وإذا امتنع المساعد عن الاشتراك فى إبرام التصرف ، وقدرت المحكمة أن الامتناع فى غير محله ، جاز لها إما أن تأذن للشخص بإبرامه منفردا ، أو أن تعين له مساعدا آخر . أما إذا امتنع من تقررت المساعدة له عن القيام بتصرف معين ، وكان امتناعه يعرض أمواله للخطر ، جاز للمحكة أن تأمر بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف (م ٧١ من قانون الولاية على المال) .

٢١١ – ثالثا – المانع القانونى (الحكم بعقوبة جناية) :

إذا حكم على الشخص بعقوبة جناية ، فإنه يمتنع عليه مباشرة التصرفات القانونية ، طوال مدة العقوبة ، إلا بإذن المحكمة ، وإلا كان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا .

ويقوم بإدارة أموال المحكوم عليه ، قيم ، يختاره هو وتقره المحكمة ، أو تعينه المحكمة ، إذا لم يعينه هو . وعلى القيم أن يرد أموال المحكوم عليه بعد انتهاء مدة العقوبة ، أو بعد الإفراج عنه ، وأن يقدم له حسابا عن إدارته .

ويلاحظ أن المحكوم عليه ، فى هذه الحالة ، يعتبر فاقد الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات القانونية ، وفقد الأهلية هنا لا يرجع إلى نقص فى التمييز ، بل هو عقوبة تبعية قررها القانون لكل من يحكم عليه بعقوبة جناية .

الغصن الرابع
النظم المالية المقررة
لحماية أموال ناقصى وعديمى الأهلية

٢١٢ – تمهيد :

تنص المادة ٤٧ من القانون المدنى على أن " يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها لأحكام الولاية والوصاية والقوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون " .

يتضح من هذا النص أن المشرع وضع بعض النظم ، حماية لأموال ناقصى أو عديمى الأهلية ، لصغر فى السن ، أو لعارض من عوارض الأهلية ، أو مانع من موانعها ، وتتمثل هذه النظم فى نظامى الولاية والوصاية على مال الصغير .

فالولاية والوصاية نظامان للإشراف على مال القاصر يؤديان نفس الوظيفة ، لكنهما يختلفان من حيث مقومات كل منهما .

فالولي الشرعى هو الأب ، فإن لم يكن فالجد الصحيح ، أى الجد من جهة الأب ، وتثبت ولاية الأب أو الجد بقوة القانون ، دون حاجة إلي حكم أو قرار من المحكمة .

أما الوصى ، فيأتى عند عدم وجود أى منهما ، ويحتاج فى تعيينه أو تثبيته - إذا كان الأب قد اختاره وصياً على ابنه قبل موته - إلى حكم من المحكمة .

ويتميز الولى بأنه يتمتع بسلطات أوسع من سلطات الوصى . ذلك أن الولى لابد أن يكون أبا أو جدا صحيحا ، وفي ذلك ضمان لحسن رعاية وإدارة أموال القصر .

ونتناول كلا من الولاية والوصاية تباعا فيما يلى .

٢١٣ - أولا - الولاية على مال الصغير :

نظم المشرع الولاية على المال عموماً بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، حيث تثبت سلطة إدارة أموال القاصر والتصرف فيها لوليه .

والولاية على مال القاصر هى السلطة التى يقررها القانون لشخص معين في إبرام التصرفات القانونية ، لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية ، وهى تثبت أساسا للأب ، فإن لم يوجد أب ، ثبتت الولاية للجد الصحيح ، وهو أبو الأب ، وتثبت الولاية للأب ومن بعده للجد بقوة القانون ، أى دون حاجة إلي صدور حكم من المحكمة بتعيين الأب أو الجد ولياً ، وذلك مراعاة لصلة الدم الوثيقة بين القاصر وأبيه أو جده .

وهــذه الولاية ، وإن كانت حق لهؤلاء ، إلا أنها أيضا وبالمقابل ، واجب عليهم ، فهى مفروضة عليهم ، ولا يجوز لأحد منهم أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة ٠

ويشترط لاعتبار الأب أو الجد ولياً بحكم القانون أن تتوافر له الأهلية اللازمة لإدارة أمواله والتصرف فيها (م٢) ، وعلى ذلك إذا كان الأب لم يبلغ سن الحادية والعشرين بعد ، أو كان محجوراً عليه لجنون أو سفه ، فلا يكون له مباشرة حق من حقوق الولاية ٠

ومهمة الولى أساساً هى رعاية أموال القاصر ، وله إدارتها والتصرف فيها مع مراعاة الأحكام التي يقررها القانون فى هذا الشأن (م٤) ٠ ولذلك فهو ولى المال ، وولايته تقع على مال القاصر ، وتختلف هذه الولاية عن الولاية عن النفس ، وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه ، كتعليمه وتهذيبه وتطبيبه وتزويجه وما شابه ذلك ٠

٢١٤ - سلطات الولى :

يحدد القانون سلطة الولى سواء كان أباً أو كان جداً ، وتتفق حدود سلطة كل من الأب والجد ، فيما يتعلق بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وتختلف فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ٠

فبالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كقبول هبة أو وصية غير محملة بأى التزام على الصغير ، يجوز للأب والجد مباشرتها دون الحاجة إلى إذن المحكمة ، أما إذا كانت الهبة أو الوصية محملة بالتزامات معينة ، فيجب على

الأب أو الجد الحصول على إذن المحكمة بقبولهـا (م١٢ من مرسوم الولاية على المال) .

وبالنسبة للتصرفات الضارة ، لا يجوز للأب ولا للجد أن يتبرع بمال القاصر ، إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، وبإذن المحكمة (م٥) .

أما بالنسبة للأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فقد فرق القانون بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف .

ففيما يتعلق بأعمال الإدارة ، تستـوى سلطة كل من الأب والجد بالنسبة لإدارة أموال القاصر ، فيجوز لكل منهما مباشرة أعمال الإدارة ، مع ملاحظة أنه لا يجوز لأى منهما ، بغير إذن المحكمة ، تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠) . كما لا يجـوز لأى منهما أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر ، إلا بإذن المحكمة وفى حدود هذا الإذن (م١١) .

أما بالنسبة لأعمال التصرف ، فسلطة الأب أوسع من سلطة الجد ، فالقاعدة بالنسبة للجد ، أنه لا يجوز له أن يتصرف فى أموال القاصر إلا بإذن المحكمة ، فلا يستطيع أن يبيع مال القاصر ، أو أن يشترى به ، أو أن يتصالح عليه ، أو أن يرهنه ، أو أن ينزل عن رهن مقرر لمصلحة القاصر ، إلا بإذن المحكمة (م ١٥) .

أما بالنسبة للأب ، فالقاعدة أن له التصرف فى أموال القاصر دون حاجة إلي إذن المحكمة ، إلا فى الحالات التى استوجب فيها القانون صراحة هذا الإذن .

وعلة التفرقة بين الجد والأب فى هذا الشأن ، ترجع إلى أن صلة الأب بابنه أوثق ، وبطبيعة الحال فهو أكثر شفقة وحرصاً على مصلحة ابنه ٠

ورغم السلطات الواسعة للأب على أموال الابن ، إلا أن هناك بعض التصرفات لا يجوز له القيام بها بغير إذن المحكمة ، وهى :

١ – التصرف في عقار أو محل تجارى أو أوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه (م٧) .

٢ – إقراض مال الصغير للغير أو اقتراضه لنفسه (م ٩) ٠

٣ – التصرف في مال ورثة القاصر من شخص أوصى بألا يتصرف الولى فى المال المــورث (م ٨)٠

ولكن يلاحظ أنه لا ضرورة لاستئذان المحكمة ، إذا أراد الأب التصرف في مال آل إلى القاصر بطريق التبرع منه (أى من الأب) ، صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣) .

٢١٥ – واجبات الولى :

على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه ، وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة .

وقد فرق القانون بين الأب والجد فيما يتعلق بالمسئولية عن الأضرار التى تصيب القاصر بسبب الإخلال بواجب من الواجبات المفروضة عليهما ، فقرر أن الأب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى (م ٢٤) ، أى عن أى خطأ يرتكبه ولو لم يكن جسيماً ٠

٢١٦ - وقف الولاية أو الحد منها :

يلاحظ أنه يجوز للمحكمة أن تقضى بوقف الولاية أو سلبها أو الحد منها فى بعض الأحوال :

١ - إذا اعتبر الولى غائبا بأن غاب عن موطنه مدة سنة على الأقل ، أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة (م ٢١) ٠

٢ - إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى ، أو لأى سبب آخر ، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو أن تحد منها (م ١٠) ٠

فإذا سلبت ولاية الأب ، وكان للصغير جد صحيح ، تولى هذا الجد الولاية عليه ، فإن لم يكن للصغير جد ، تعين المحكمة له وصيا ٠

وإذا وقفت ولاية الأب أو الجد ، تعين المحكمة له وصياً مؤقتاً ، يتولى رعاية أمواله ، لحين عودة الولاية إلى صاحبها (م ٣٢) ٠

٢١٧ - انتهاء الولاية :

تنتهى ولاية الأب أو الجد الصحيح على القاصر انتهاءً طبيعياً ببلوغ القاصر سن الرشد ، ويتحقق انتهاء الولاية بقوة القانون كما نشأت ، أى دون حاجة إلي حكم بانتهائها ٠

واستثناء من ذلك يجوز للمحكمة عند بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة أنه تحكم باستمرار الولاية عليه (م ١٨) ، وذلك إذا رأت أنه رغم بلوغ هذه السن ، إلا أن تمييزه لم يكتمل لعاهة عقليـــة ٠

٢١٨ - ثانيا - الوصاية على مال الصغير :

إذا لم يكن للقاصر أب ولا جد صحيح ، أو كان له أب أو جد سلبت ولايته ، فإن المحكمة تعين له وصياً يقوم على رعاية أمواله .

والأصل أنه يتم تعيين وصي واحد ، لكن القانون أجاز في المادة (٣٠) منه ، وحتى في غير الحالات التي حددتها المادة (٣١) تعيين عدة أوصياء ، دون أن تحدد نطاقاً أو اختصاصاً لعمل كل واحد منهم .

وفي حالة تعدد الأوصياء فلا يجوز لأحدهم الانفراد ، اللهم إلا في حالة الاستعجال أو الضرورة ، حيث يقتضي الأمر اتخاذ إجراءات ضرورية أو عاجلة لنفع القاصر . وعند الاختلاف بين الأوصياء فيما يجب اجتماعهم فيه يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع (المادة ٣٠ من مرسوم الولاية على المال) .

والأصل أن المحكمة هي التي تختار الوصي وفقاً لما ترى فيه مصلحة القاصر ، ويشترط فيمن يعين وصياً عدة شروط ، أهمها أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة ، غير محكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، أو في جريمة كانت تقتضي سلب ولايته على نفس الصغير لو أنه كان في ولايته .

كذلك لا يشترط في الوصي أن يكون من الذكور ، فيجوز أن يكون من الإناث .

٢١٩ – الوصى المختار :

يجوز للأب أن يختار قبل وفاته وصيا لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويشترط أن يثبت هذا الاختيار بورقة رسمية أو بورقة عرفية مصدق على توقيع الأب عليها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ٠ وفى هذه الحالة يعرض أمر هذا الاختيار على المحكمة فإن وجدته فى محله ثبتته ، و إلا عينت وصياً غيره ٠

٢٢٠ – تعيين المشرف :

يجوز تعيين مشرف مع الوصي ولو كان مختاراً من الأب (م ٨٠) ، ويقوم المشرف بمراقبة الوصى فى إدارته ، وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقضى المصلحة رفعه إليها (م ١٨) ٠

٢٢١ – سلطات الوصى :

تتفق سلطة الوصى مع سلطة الولى فيما يتعلق بالتصرفات النافعة نفعا محضا ، فيجوز للوصى أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كقبول الهبة لحساب القاصر دون حاجة إلى أخذ أذن من المحكمة ٠

ولا يجوز له أن يباشر التصرفات الضارة كالتبرع بمال القاصر ، إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن من المحكمة (م ٣٨) ٠

أما فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، فسلطة الوصى فيها أضيق من سلطة الولى وخاصة الأب ٠

ويتضح من نصوص القانون في هذا الشأن ، أن الأصل هو وجوب حصول الوصى على إذن من المحكمة قبل إجراء أى تصرف فى مال القاصر ٠

ولقد عددت المادة ٣٩ أعمال الإدارة وأعمال التصرف التي يجب فيها الحصول على إذن من المحكمة ، وذلك على النحو التالى :

١ - التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية (كبيع عقار أو تقرير حق إنتفاع) ، والتبعية كإنشاء رهن أو نقله أو تغييره أو زواله ٠

٢ - التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة كصلح أو قسمة ، وذلك نظراً لأهمية الثروة العقارية ٠

٣ - التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية ، وذلك فيما عدا ما يدخل منها من أعمال الإدارة ، كبيع محصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشى .

٤ - كذلك يجب على الوصى أن يستأذن المحكمة فيما يصرف فى تزويج القاصر ، أو فى تعليمه إذا احتاج للنفقة ، وفي الإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة ، وفى قسمه مال القاصر بالتراضى ٠

٥ - كما يجب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام والتنازل عن الطعون العادية بعد رفعها ، وقبول مثل هذه الأحكام دون طعن ، ورفع الطعون غير العادية ٠

٦ - وكذلك يجب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن التأمينات وإضعافها كالرهون ، نظراً لخطورة ذلك ، للوفاء بديون الصغير ، وما قد ينطوى عليه من تفويت لمصلحة لهذا الصغير ٠

وبالعكس مما تقدم لا يحتاج الوصى إلى إذن المحكمة لمباشرة أعمال الإدارة المتعلقة بمنقولات القاصر أو حقوقه الشخصية أو أوراقه المالية ، كإبرام العقود اللازمة لصيانة هذه الأموال ، أو تحصيل الفوائد أو الأرباح ، كذلك يستطيع الوصى دون إذن المحكمة أن يؤجر الأراضى الزراعية المملوكة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات والمبانى لمدة لا تزيد على سنة ، وأن يفى بالنفقة الواجبة على القاصر إذا كانت مقضيا بها بحكم واجب النفاذ .

فإذا تجاوز الوصى حدود سلطاته ، بأن أبرم تصرفا لحساب القاصر دون إذن المحكمة ، فى الحالات التى يتحتم الحصول فيها على هذا الإذن ، فإن هذا التصرف لا يكون نافذا فى حق القاصر ، أى لا يلزمه ولا يحتج به عليه .

٢٢٢ - واجبات الوصى :

على الوصى أن يتسلم أموال القاصر وأن يقوم على رعايتها ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الوكيل المأجور ، أى عناية الرجل المعتاد .

وللمحكمة أن تلزم الوصى تأمينات بالقيمة التى تراها ، وذلك ضمانا لاستيفاء حقوق القاصر عند انتهاء الوصاية .

ويجب على الوصى بصفة خاصة :

١ - أن يعرض على المحكمة ، بغير تأخير ، ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ (الحجز) وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة (م ٤٢) .

٢ - أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة للقاصر ، والمبلغ الذى تقدره

المحكمة بصفة إجمالية لحساب مصروفات الإدارة ، وذلك خلال خمس عشر يوماً من تاريخ تسلمه ، ولا يجوز له أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن المحكمة (م ٤٣) .

٣ - أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات وغيرها (م ٤٤) .

٤ - أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى ، إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك (م ٤٥) .

وللمحكمة أن تقوم بتوقيع جزاءات جنائية على الوصى إذا هو قصر في أداء واجبات أو خالف التعليمات التي تصدرها لـــه المحكمة أو ما يتطلبه القانون منه من ضرورة الحصول على إذن من المحكمة أو خلاف ذلك .

٢٢٣ - أجر الوصى :

تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجرا ، أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين (م ٤٦) .

٢٢٤ - انتهاء الوصاية :

تنتهى الوصاية انتهاء طبيعياً ببلوغ القاصر إحدى عشر سنة ، ومع ذلك فإذا كان القاصر مصابا بعاهة عقلية كجنون وعته وسفه أو غفلة ، فيطلب من المحكمة ، قبل بلوغ القاصر سن الحادية والعشرين ، أن تقرر استمرار الوصاية عليه ، فإذا تقرر ذلك ، فلا تنتهى الوصاية ببلوغ القاصر تلك السن ، بل تستمر

(م ٤٧) ويكون قرار استمرار الوصاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد ، نافذا فى مواجهة الكافة من تاريخ تسجيله ٠

وتنتهى مهمة الوصى قبل بلوغ القاصر سن الرشد بموت القاصر ، أو يفقد الوصى لأاهليته أو ثبوت غيبته أو موته ، أو بعودة الولاية للولى بعد أن كان قد سلبت منه ٠ كذلك تنتهى مهمة الوصى بعزله أو قبول استقالته (٤٧) ٠

٢٢٥ – واجبات الوصى فى حالة انتهاء الوصاية :

على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد ، أو إلى ورثة القاصر فى حالة وفاته ، أو إلى الولى فى حالة انتهاء الوصاية مع بقاء القاصر حياً لم يبلغ سن الرشد . وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال (م ٥٠) ٠

وإذا مات الوصى أو حجر عليه ، أو اعتبر غائبا ، التزم ورثته أو من ينوب عنه بتسليم أموال القاصر وتقديم الحساب (م ٥١) ٠

ومنعا لاستغلال الوصى لنفوذه الأدبى على القاصر ، نص القانون على أن يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته ، وبلغ سن الرشد ، إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى للحساب السنوى عن إدارته (م ٥٢) ٠

وتتقادم الدعاوى المترتبة على الوصاية على النحو التالى :

١ – إذا انتهت الوصاية لبلوغ سن الرشد أو لموت القاصر أو المحجور عليه ، تتقادم بمرور خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن

الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه ، وذلك بالنسبة للدعاوى المرفوعة من القاصر أو المحجور عليه على وصيه أو على قيمه .

٢ - وفي حالة انتهاء الوصاية بسبب العزل أو الاستقالة أو لموت الوصى أو القيم فإن مدة التقادم المذكورة ، تبدأ من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصية أو القوامة .

الفرع الخامس

الذمة المالية

٢٢٦ – تعرف الذمة المالية بأنها مجموع ما يكون للشخص من حقوق ، وما عليه من التزامات ، فى الحال أو فى المآل .

وللذمة المالية عنصران ، إيجابى وسلبى . والعنصر الإيجابى هو الذى تندرج فيه كل الحقوق ذات القيمة المالية ، كالحق فى اقتضاء الحقوق والحقوق العينية . أما الحقوق التى ليست لها قيمة مالية ، ومثالها الحقوق السياسية ، فلا تندرج فى الجانب المالى للذمة المالية . أما العنصر السلبى للذمة المالية ، فتندرج فيه الالتزامات ذات القيمة المالية أيضا . أما ما لا يعد التزاما ماليا ، كواجب طاعة الزوجة لزوجها ، فلا يدخل ضمن عناصر الذمة المالية .

وترجع أهمية الذمة المالية إلى أنها تحدد مدى يسار الشخص ، بالنظر إلى مجموع ما له من حقوق ، وما عليه من التزامات . فإذا زادت حقوق

الشخص عن التزاماته ، كان موسرا ، وإذا زادت التزاماته على حقوقه ، كان معسرا .

كما أن الذمة المالية للشخص تحوى الضمان الذى يعول عليه الدائنون فى اقتضاء حقوقهم . ويتكون هذا الضمان العام من مجموع ما للشخص من حقوق ، أى الجانب الإيجابى فى ذمته المالية .

وتتميز الذمة المالية بعدة خصائص هى : أنها لا تثبت إلا للأشخاص ، سواء كانت أشخاصا طبيعية أو اعتبارية ، كما أن لكل شخص ذمة مالية ، وأخيرا ، فليس لكل شخص سوى ذمة مالية واحدة .

المبحث الثانى

الشخص المعنوى (الاعتبارى)

٢٢٧ - تمهيد وتقسيم :

ذكرنا أن الشخصية القانونية هى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . والأصل أنها تثبت للشخص الطبيعى ، على نحو ما أسلفنا ، ولكنها تمتد كذلك إلى مجموعات من الأشخاص أو تجمعات من الأموال ، التى تتمتع بكيان مستقل عن الأفراد المكونين لها ، أو القائمين عليها . وتعرف هذه الشخصيات القانونية الجديدة بالأشخاص الاعتبارية أو المعنوية .

وقد أوردت المادة ٥٢ من القانون المدنى أنواع الأشخاص الاعتبارية ، وهى : " ١ - الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى ، بالشروط التى يحددها القانون ، والإدارات والمصالح ، وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية . ٢ - الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية . ٣ - الأوقاف . ٤ - الشركات التجارية والمدنية . ٥ - الجمعيات والمؤسسات . ٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون " .

وفيما يلى نتولى دراسة الأشخاص الاعتبارية من خلال مطلبين الأول نعرض فيه لبداية وانقضاء الشخصية الاعتبارية ، والثانى نتناول فيه خصائص الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

بداية الشخصية الاعتبارية وانقضائها

٢٢٨ - أولا - بداية الشخصية الاعتبارية :

تبدأ الشخصية القانونية للشخص الاعتبارى باعتراف الدولة به . والاعتراف قد يكون عاما أو خاصاً .

والاعتراف العام هو الذى يقتصر على تحديد الشروط التى يجب أن تتوافر فى مجموعات الأشخاص أو الأموال لتكون لها الشخصية القانونية . وتثبت الشخصية القانونية بمجرد توافر هذه الشروط ، دون حاجة إلى صدور قرار خاص بذلك من الدولة .

والاعتراف العام هو القاعدة العامة ، لمنح الشخصية القانونية للأشخاص الاعتبارية ، فى القانون المصرى ، وهو ما يحدث بالنسبة للأوقاف والشركات والجمعيات .

أما الاعتراف الخاص ، فحيث يستلزم القانون ، إضافة إلى الشروط الواجب توافرها فى مجموعات الأشخاص أو الأموال ، أن يصدر قرار خاص بمنح الشخصية ، لكل مجموعة - أشخاص أو أموال - تطلب الحصول على الشخصية ، وتبدأ الشخصية القانونية حينئذ ، من تاريخ هذا القرار لا من تاريخ تكوينها .

٢٢٩ - ثانيا - انقضاء الشخصية الاعتبارية :

تنتهى الشخصية الاعتبارية بأحد الأسباب التالية :

١ – انتهاء الأجل : ينتهى الشخص الاعتبارى بانتهاء الأجل الذى حدد فى سند إنشائه .

٢ – تحقق الغرض : ينتهى الشخص الاعتبارى كذلك ، إذا تحقق الغرض الذى قام من أجل تحقيقه ، أو إذا استحال تحقيق هذا الغرض .

٣ – الحل : والحل قد يكون اختياريا باتفاق أعضاء الشخص المعنوى أنفسهم ، أو إجباريا بحكم قضائى . ويحكم القضاء بحل الشخص المعنوى ، متى خالف هذا الشخص الاعتبارى أحكام القانون أو خالف النظام العام أو الآداب العامة .

ويلاحظ أخيرا أن انقضاء الشخص الاعتبارى يعنى بالضرورة وجوب تصفية أمواله ، ولذلك تبقى الشخصية القانونية للشخص الاعتبارى ، بالقدر اللازم لتحقيق أعمال التصفية ، وبانتهاء هذه الأعمال ، تنقضى الشخصية القانونية الاعتبارية نهائيا .

المطلب الثانى

خصائص الشخصية الاعتبارية

٢٣٠ – يتمتع الشخص الاعتبارى بذات الخصائص التى تتمتع بها الشخص الطبيعى ، ولكن بما يتفق مع الطبيعة الخاصة للشخص الاعتبارى ، فلا تثبت له من الخصائص ما يعد ملازما لصفة الإنسان الطبيعية .

وعلى ذلك فالشخص الاعتبارى له اسم وحالة وموطن وأهلية وذمة مالية .

١ – الاسم :

يلزم لكل شخص اعتبارى اسم يميزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية الأخرى . ويحدد المؤسسون اسم الشخص الاعتبارى عند إنشائه . ويتمتع اسم الشخص الاعتبارى بذات الحماية التى يتمتع بها اسم الشخص الطبيعى .

٢ – الحالة :

ليس للشخص الاعتبارى حالة مدنية ، لأنه لا يتصور أن تكون له أسرة أو ديانة ، لذلك تقتصر حالة الشخص الاعتبارى على الحالة السياسية ، أى على تحديد جنسيته .

ويقصد بجنسية الشخص الاعتبارى الرابطة السياسية التى تربط بينه وبين الدولة التى يخضع لقانونها . ويتولى قانون كل دولة على حدة ، تحديد الأشخاص الاعتبارية التى تتمتع بجنسيتها . وهى غالبا جنسية الدولة التى يقع بها مركز الإدارة الرئيسى . وتظهر أهمية تحديد جنسية الشخص الاعتبارى ، عند تحديد القانون واجب التطبيق على المعاملات التى يكون الشخص الاعتبارى طرفا فيها .

٣ – الموطن :

لكل شخص اعتبارى موطن يمكن مخاطبته فيه قانونا ، فيما يتعلق نشاطه القانونى .

والأصل أن يكون موطن الشخص الاعتبارى هو المكان الذى يوجد به مركز إدارته الرئيسى . وإذا كان للشخص الإعتبارى فروع يباشر من خلالها بعض أعماله ، جاز اعتبار المكان الذى يوجد به الفرع ، موطنا خاصا بكل الأعمال المتعلقة به .

٤ – الأهلية :

يتمتع الشخص الاعتبارى بأهلية الوجوب ، لأن لديه صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات .

أما أهلية الأداء ، بمعنى التمييز والإرادة ، فلا تتصور بالنسبة للشخص الاعتبارى ، وإنما تثبت لمن يمثله قانونا ، وهو غالبا رئيس مجلس إدارة الشخص الاعتبارى .

٥ – الذمة المالية :

للشخص الاعتبارى ذمة مالية ، وهى مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له . لذلك لا يجوز لدائنى هؤلاء الأشخاص المكونين للشخص الاعتبارى ، الرجوع عليه لاقتضاء حق من حقوقهم ، كما لا يجوز الرجوع على هؤلاء فى أموالهم الخاصة ، لاقتضاء دين فى ذمة الشخص الاعتبارى .

غير أنه فى شركات الأشخاص ، ولقيامها على الاعتبار الشخصى ، يسأل الشركاء فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة ، وذلك لأنهم ضامنون لديون الشركة بالتضامن فى ذممهم المالية الخاصة .

الفصل الثانى

محل الحق

٢٣١ - تمهيد وتقسيم :

تناولنا فيما سبق أشخاص الحق ، وهو الركن الأول من أركان الحق ، أما الركن الثانى له ، فهو محل الحق ، ويقصد به الموضوع الذى يرد عليه الحق .

ويختلف محل الحق بحسب نوع الحق . فمحل الحق الشخصى هو دائما عمل ، سواء كان إيجابيا أم سلبيا ، يقوم به المدين . أما محل الحق العينى فهو دائما شئ .

وعلى ذلك فسوف نقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول فى الأول محل الحق الشخصى ، ونخصص الثانى لمحل الحق العينى .

المبحث الأول

محل الحق الشخصى

(الأعمال)

٢٣٢ - ذكرنا أن محل الحق الشخصى هو القيام بعمل ، والعمل هو أى نشاط يبذله الشخص ، سواء بجسمه أو بعقله . ويلزم أن تتوافر فى العمل محل الحق الشخصى ثلاثة شروط :

فيجب أولا أن يكون ممكنا ، أى ليس مستحيلا . والاستحالة المقصودة هنا هى الاستحالة المطلقة ، وهى تلك التى تقوم بالنسبة للكافة . والاستحالة

المطلقة قد تكون مادية ، كأن يبيع شخص شيئا تبين أنه هلك قبل التعاقد ، إذ يستحيل عليه حينئذ أن يقوم بتسليمه . كما قد تكون الاستحالة قانونية كأن يتعهد محام باستئناف حكم ، تبين انقضاء مواعيد الاستئناف بالنسبة له .

وقد نصت على هذا الشرط المادة ١٣٢ مدنى بقولها : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا " .

ومن ناحية ثانية ، يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين ، فإذا تعهد شخص بإقامة بناء ، فيجب أن يكون العمل الذى سيقوم به معينا عن طريق تحديد هذا البناء ببيان أوصافه .

فإن لم يكن العمل معينا ، فيكفى أن يتضمن من التحديدات والعناصر ، ما يجعله قابلا للتعيين ، كأن يتعهد مقاول بإقامة مستشفى تسع لعدد معين من الأسرة ، وبدون هذا التحديد لا ينشأ للالتزام ، ومن ثم لا ينعقد العقد .

وأخيرا ، يلزم أن يكون العمل محل الحق الشخصى مشروعا ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب .

ويكون العمل مخالفا للنظام العام إذا كان متعارضا مع المصلحة العامة للمجتمع ، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة ، أو بعدم ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود .

ويكون مخالفا للآداب العامة ، إذا كان منافيا للقواعد الأخلاقية السائدة فى المجتمع ، كالتعهد بدفع مبلغ من المال مقابل إقامة علاقة جنسية غير مشروعة .

المبحث الثانى
محل الحق العينى
(الأشياء)

٢٣٣ - تعريف :

الشئ هو كل ماله وجود ذاتى مستقل عن الإنسان . ونعنى به هنا الشئ المادى أما الشئ المعنوى ، فهو ليس محلا للحقوق العينية ، بل للحقوق الذهنية ، والتى سبق لنا دراستها .

والأشياء المادية منها ما يدخل فى نطاق التعامل ، وبالتالى يصلح لأن يكون محلا للحقوق العينية ، ومنها ما يخرج من نطاق التعامل ، ومن ثم فلا يصلح أن يكون محلا لهذه الحقوق .

وقد نصت المادة ٨١ / ٢ مدنى على الأشياء التى تخرج عن التعامل ، سواء كان ذلك بسبب طبيعتها ، أو بحكم القانون . فقضت بأن " الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون ، فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية " .

ومثال الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، والتى لا يستطيع أحد أن يستأثر بها الهواء وأشعة الشمس والضوء ومياه البحار والأنهار . ولكن يلاحظ أنه يمكن الاستئثار بجزء من هذه الأشياء ، عن طريق فصله عن مجموع الشئ ، كتعبئة بعض الماء ، أو بعض الهواء فى أنابيب .

أما الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون ، رغم أنها قد تكون قابلة للتعامل فى ذاتها ، فمثالها ، المواد المخدرة والنقود المزيفة . وكذلك قد يخرج القانون بعض الأموال من دائرة التعامل ، إذا كانت مخصصة للمنفعة العامة ، كالعقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تخصص لمنفعة عامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص (م ٨٧ من القانون المدنى) .

٢٣٤ – تقسيم :

سنقسم دراستنا للأشياء ، باعتبارها محلا للحقوق العينية ، إلى مطلبين نتناول فى الأول تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، ونخصص الثانى للتقسيمات الأخرى للأشياء .

المطلب الأول

تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

٢٣٥ – يعد هذا التقسيم أهم تقسيمات الأشياء . وقد نصت عليه المادة ٨٢ من القانون المدنى بقولها : " ١ – كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول . ٢ – ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

وفى ضوء هذا النص ، سوف نعرض لكل من العقارات والمنقولات ، فى فرعين متتاليين ، ثم نبين أهمية هذا التقسيم فى فرع ثالث .

الفرع الأول
العقارات

٢٣٦ – الأصل أن العقار هو كل شئ ثابت بحيزه ، لا يمكن نقله من مكانه بغير تلف ، وهو ما يعرف بالعقار بطبيعته . ولكن هناك بعض المنقولات التى أضفى عليها وصف العقار ، إذا توافرت فيها شروط معينة ، وهو ما يعرف بالعقار بالتخصيص .

٢٣٧ – أولا – العقار بطبيعته :

يعتبر عقارا بطبيعته ، كل شئ ثابت بحيزه ، لا يمكن نقله من مكانه بغير تلف ، وينطبق هذا التعريف على الأراضى ، وكل ما يتصل بها من مبان وأشجار . ويستوى فى هذا أن تكون المبانى قد أقيمت بصفة دائمة ، أم أقيمت بصفة مؤقتة ، كالمبانى التى تقام فى المعرض ، كما يستوى أن تقام بواسطة المالك أو غيره .

وبالمقابل لا يعتبر عقارا ، المنشآت التى لا تتصل بالأرض اتصال قرار ، بحيث يمكن نقلها دون تلف ، مثل الأكشاك التى تقام فى المعرض ، والكبائن التى تقام على شاطئ البحر .

٢٣٨ – ثانيا – العقار بالتخصيص :

يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله (م ٨٢ / ٢ مدنى) . ومن أمثلته المواشى والآلات التى تخصص لخدمة الأرض الزراعية ، والسيارة التى تخصص لخدمة المصنع .

ونبين فيما يلى ، شروط اعتبار المنقول ، عقارا بالتخصيص ، ثم النتائج المترتبة على ذلك .

٢٣٩ – شروط اعتبار المنقول ، عقارا بالتخصيص :

يلزم توافر شرطين لاعتبار المنقول ، عقارا بالتخصيص :

الأول – اتحاد مالك المنقول والعقار :

يجب أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد . ولذلك لا تعد عقارا بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة لمستأجر الأرض . والحكمة من هذا الشرط أن يرتبط مصير المنقولات المخصصة لخدمة العقارات ، بهذه العقارات عند التنفيذ على هذه الأخيرة ، أو عند التصرف فيها .

الثانى – أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار أو استغلاله :

لا يكفى وحدة مالك العقار والمنقول ، بل يلزم فضلا عن ذلك ، أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار أو استغلاله ، كالآلات الزراعية المخصصة لخدمة الأرض ، والمفروشات المخصصة لاستغلال الفندق ، والسيارات المخصصة لنقل منتجات المصنع .

وإذا كان المنقول مخصصا لخدمة مالك العقار ، وليس العقار نفسه ، فلا يعد عقارا بالتخصيص ، بل يظل منقولا على طبيعته . ومثال ذلك السيارة التى يركبها مدير مصنع . وذلك على خلاف السيارة التى تقوم بنقل إنتاج المصنع ، فهذه تعد عقارا بالتخصيص .

ويكفى أن يكون فى هذا التخصيص فائدة للعقار ، فلا يشترط أن يكون ضروريا . كذلك لا يشترط أن يكون هذا التخصيص بصفة دائمة ، بل يمكن أن يكون مؤقتا بمدة معينة .

٢٤٠- النتائج المترتبة على اعتبار المنقول ، عقارا بالتخصيص :

يترتب على اعتبار المنقول ، عقارا بالتخصيص ، ارتباط مصيره بمصير العقار الذى خصص لخدمته ، وينبنى على ذلك :

(أ) عدم جواز الحجز على المنقول بطريق الحجز على المنقول ، مستقلا عن العقار ، بل ينبغى اتباع إجراءات الحجز العقارى . كما يشمل الحجز على العقار الأصلى ، الحجز على العقار بالتخصيص .

(ب) يرتبط مصير العقار بالتخصيص بمصير العقار الأصلى ، فى كل ما يرد على هذا الأخير من تصرفات ، كبيعه أو هبته أو الوصية أو رهنه . فأى تصرف من هذه التصرفات على العقار الأصلى ، يشمل العقار بالتخصيص ، ما لم ينص على خلاف ذلك .

الفرع الثانى

المنقولات

٢٤١ – المنقولات هى كل ما يمكن نقله من مكانه دون تلف ، كالسيارات وأثاث المنازل . وهذه تسمى بالمنقولات بطبيعتها ، وإلى جانب هذا النوع من المنقولات ، هناك ما يعرف بالمنقولات بحسب المآل ، وهى فى الأصل أشياء ثابتة ، ولكنها تعامل باعتبار ما ستؤول إليه مستقبلا .

٢٤٢ – أولا – المنقول بطبيعته :

المنقول بطبيعته هو كل ما ليس عقارا بطبيعته ، ولا بالتخصيص ، أو هو ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف .

ويستوى أن يكون نقل هذه الأشياء ذاتيا ، كالحيوانات ، أو خارجيا ، كسائر الأشياء غير الحية ، كالسيارات .

ولا يشترط لاعتبار الشئ منقولا ، أن يتم نقله فعلا ، بل يكفى إمكانية حدوث ذلك ، دون تلف . فالعوامة التى ترسو على النيل لفترة طويلة ، تظل تثبت لها صفة المنقول ، لإمكان تحركها ونقلها دون تلف [٥٨] .

٢٤٣ – ثانيا – المنقول بحسب المآل :

هذا النوع من المنقولات ، هو ، بحسب الأصل ، أشياء ثابتة متصلة بالأرض ، أى أنها عقارات بطبيعتها ، ولكنها فى ظروف خاصة ، ينظر إليها على أنها منقول ، وذلك بحسب ما ستؤول إليه مستقبلا . ومثالها المبانى المعدة

---

[٥٣] جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ .

للهدم ، والأشجار التى يراد قطعها ، والثمار والمحصولات الناضجة ، قبل جنيها أو حصدها .

ويلزم لاعتبار العقار ، منقولا ، بحسب المآل ، أن يتم التعامل عليه باعتبار ما سيؤول إليه مستقبلا . وقد يتم ذلك إما بإرادة الطرفين ، كما هو الحال فى بيع بناء باعتباره أنقاضا . كما قد يتم ذلك بنص القانون ، كما هو الحال فى حجز الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها ، بمدة لا تزيد على خمس وأربعين يوما على نضجها ، حيث يجوز الحجز عليها باتباع إجراءات الحجز على المنقول ، رغم أنها لا تزال متصلة بالأرض (م ٣٥٤ من قانون المرافعات) .

ويترتب على اعتبار العقار ، منقولا بحسب المآل ، أنه يعامل وفقا لأحكام المنقول لا العقار ، وينبنى على ذلك نتائج منها :

١ - **من حيث الاختصاص** : تختص بنظر النزاع المتعلق بالمنقول بحسب المآل ، المحكمة التى يقع بها موطن المدعى عليه ، لا محكمة موقع العقار ، كما هو الحال بالنسبة للعقارات .

٢ - **امتياز البائع** : يسرى على امتياز بائع المنقول بحسب المآل ، نص المادة ١١٤٥ مدنى ، بشأن امتياز بائع المنقول ، لا المادة ١١٤٧ بشأن امتياز بائع العقار .

٣ - **التنفيذ** : لدائنى مشترى المنقول بحسب المآل ، توقيع الحجز على هذا المنقول باتباع إجراءات الحجز على المنقول ، لا الحجز على العقار .

٤ – **انتقال الملكية** : تنتقل ملكية المنقول بحسب المآل ، وفقا لقواعد انتقال ملكية المنقول لا العقار ، لذا لا يلزم التسجيل لنقل ملكيته .

الفرع الثالث

أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

٢٤٤ – تبدو أهمية تقسيم الأشياء من عدة نواح ، نبينها فيما يأتى :

١ – من حيث انتقال الملكية :

تنتقل الملكية فى المنقولات بمجرد التعاقد . أما فى العقارات ، فلا تنتقل الملكية إلا إذا تم شهرها عن طريق التسجيل .

٢ – من حيث شهر التصرفات القانونية :

يجب شهر التصرفات القانونية التى ترد على العقار ، ويتم ذلك فى الشهر العقارى ، ولا يلزم ذلك بالنسبة للمنقولات .

٣ – من حيث الحقوق العينية التى ترد على كل منهما :

هناك بعض الحقوق العينية التى لا ترد إلا على العقارات ، كحق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر وحق الرهن الرسمى وحق الاختصاص .

٤ – من حيث طرق اكتساب الملكية :

يجوز اكتساب ملكية العقار بالشفعة ، بينما لا يجوز ذلك بالنسبة للمنقولات .

٥ – من حيث دعاوى الحيازة :

تتقرر هذه الدعاوى لحائز العقار دون حائز المنقول .

٦ – من حيث اختصاص المحاكم :

الدعاوى المتعلقة بحق عينى على عقار ، تختص بها المحكمة التى يقع بدائرتها العقار ، أما تلك الخاصة بالمنقول ، فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه .

المطلب الثانى

التقسيمات الأخرى للأشياء

٢٤٥ – هناك تقسيمات أخرى للأشياء ، إلى جانب تقسيمها إلى عقارات ومنقولات . فتنقسم إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك . كما تنقسم إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية . وسوف نخصص لكل منها فرعا مستقلا .

الفرع الأول

الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

٢٤٦ – يقصد بالأشياء القابلة للاستهلاك ، الأشياء التى لا ينتفع بها إلا باستخدامها . وبعبارة أخرى ، هى الأشياء التى تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة ، أى يختلط فيها الاستعمال بالتصرف . وقد عرفتها المادة ٨٤ / ١ مدنى بقولها : " الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو إنفاقها " .

والإستهلاك قد يكون ماديا أو قانونيا . ومثال الاستهلاك المادى المأكولات ، فهذه لا يتصور استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، إلا باستهلاكها . ومثال الاستهلاك القانونى ، نقل ملكية الشئ ، كبيع البضائع المعروضة فى المتجر .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، فهى الأشياء التى لا تهلك باستعمالها للمرة الأولى ، أى لا يختلط فيها الاستعمال بالتصرف . ومثالها السيارات والكتب والملابس .

والعبرة فى تحديد ما إذا كان الشئ قابلا للاستهلاك أم لا ، هى بطبيعته ، فما كان يهلك بالاستعمال يعد قابلا للاستهلاك ، وما كان لا يهلك بالاستعمال ، يكون غير قابل للاستهلاك .

٢٤٧ – أهمية هذا التقسيم :

تبدو أهمية هذا التقسيم فيما يلى :

١ – لا ترد بعض الحقوق العينية إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، لأنه لا يتصور أن ترد على أشياء تهلك بمجرد الاستعمال . ومثال ذلك حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق السكنى ، فهذه كلها حقوق ترد فقط على الأشياء غير القابلة للاستهلاك .

٢ – بعض العقود لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، كالإيجار والعارية ، ذلك أن كلا من المستأجر والمستعير ، يستعمل شيئا مملوكا للغير على أن يرده بعد مدة معينة .

الفرع الثانى

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

٢٤٨ – تعريف :

تنص المادة ٨٥ مدنى على أن " الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن " .

ويفهم من هذا النص أن الأشياء المثلية ، أو المعينة بالنوع ، هى التى تتماثل آحادها ، أو تتشابه إلى حد كبير ، بحيث لا يعتد بالتفاوت بينها ، إذا وجد ، لذلك يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء .

ومن أمثلة الأشياء المثلية ما يقدر بالكيل كالشعير والقمح ، وما يوزن كالذهب ، وما يعد يعد كالبيض ، وما يقاس كالقماش .

أما الأشياء القيمية ، أو المعينة بالذات ، فهى الأشياء التى لا يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء ، وذلك لتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به .

ومن أمثلة الأشياء القيمية ، العقارات بحسب الأصل ، وكذلك اللوحات الفنية والمشغولات اليدوية والحيوانات .

٢٤٩ – أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم فى الأحوال التالية :

١ – **من حيث انتقال الملكية** : إذا كان الشئ مثليا ، أى معينا بالنوع ، كمقدار من القمح ، فإن ملكيته لا تنتقل إلا من وقت الإفراز . أما إذا كان معينا بذاته ، أى قيميا ، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد .

٢ – **من حيث الوفاء** : إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا ، فإن ذمة المدين تبرأ إذا قدم شيئا من نفس النوع بالقدر والصفة المتفق عليها . أما إذا كان محل الالتزام شيئا قيميا ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا قدم نفس الشئ المتفق عليه فى العقد ، ولا يجبر الدائن على قبول شئ غيره .

٣ – **من حيث استحالة التنفيذ لهلاك المحل** : إذا التزم شخص بتسليم شئ مثلى (كمقدار من القمح) ، ثم هلك هذا الشئ بسبب أجنبى ، فإن التزامه لا ينقضى ، إعمالا لقاعدة أن المثليات لا تهلك . أما إذا كان الشئ الهالك قيميا (كسيارة معينة) ، فإن ذمة المدين تبرأ لاستحالة الوفاء .

٤ – **المقاصة : لا تقع المقاصة إلا فى الأشياء المثلية دون القيمية .**

الباب الثالث

نشوء الحق واستعماله وانقضاؤه

٢٥٠ – تقسيم :

إذا كان القانون هو المصدر غير المباشر لجميع الحقوق ، فإن هناك مصدرا آخر مباشر لكل حق منها ، وهو الواقعة القانونية التى يرتب عليها القانون نشوء الحق .

وقد يكون نشوء الحق محل نزاع ، الأمر الذى يثير مسألة إثبات الحق ، وهو ما يدعونا إلى إلقاء الضوء على وسائل إثبات الواقعة مصدر الحق .

وإذا كان الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين ، فإن هذا لا يعنى أن صاحب الحق يستعمل حقه بما فيه إضرار بالغير ، فهناك حدود يتعين على صاحب الحق ألا يتجاوزها ، وإلا كان متعسفا فى استعمال حقه .

وأخيرا ، فالحق ، غالبا ، ليس مؤبدا ، بل قد ينتقل من شخص لآخر ، وقد ينقضى بأحد الأسباب التى يقررها القانون .

وفى ضوء ما تقدم ، فإننا سنكتفى باستعراض المبادئ العامة لهذه المسائل ، على أن نقسم الدراسة فى هذا الباب إلى فصلين كالتالى :

الفصل الأول : مصادر الحق .

الفصل الثانى : إثبات الحق واستعماله وانقضاؤه .

الفصل الأول

مصادر الحق

٢٥١ - تمهيد :

تعد الواقعة القانونية هى المصدر المباشر للحق ، ويرتب القانون على حدوثها نشوء كل حق من الحقوق ، ولذلك فإن القانون يعد هو المصدر غير المباشر لجميع الحقوق .

٢٥٢ - الوقائع القانونية هى المصدر المباشر للحق :

الواقعة القانونية هى أمر يحدث ، ويرتب القانون عليه أثرا معينا ، وليس بالضرورة أن يكون هذا الأثر نشوء الحق ، بل قد يكون انتقاله أو انقضاؤه .

وتنقسم الوقائع القانونية إلى وقائع غير اختيارية (طبيعية) ، ووقائع اختيارية (بفعل الإنسان) .

٢٥٣ - أولا - وقائع غير اختيارية (طبيعية) :

وهى الوقائع التى تحدث دون أن يكون للإنسان أى دخل فى حدوثها . ومثالها واقعة الوفاة التى دخل للإنسان بحدوثها ، إذ يترتب عليها نشوء حق الورثة فى الميراث . وكذلك واقعة الميلاد التى تبدأ بها الشخصية القانونية . ومن ذلك أيضا واقعة مرور الزمن ، إذ قد يترتب عليها حلول أجل الدين .

وفى مثل هذه الوقائع يكون القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق وتلك الالتزامات ، وهو ما يؤخذ من نص المادة ١٩٨ مدنى التى تنص على أن

" الالتزامات التى تنشأ من القانون وحده ، تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها " .

٢٥٤ – ثانيا – وقائع اختيارية (بفعل الإنسان) :

ويقصد بها الوقائع التى تحدث نتيجة تدخل الإنسان ، وبإرادته ، وهى تنقسم إلى نوعين : الأول هو الأعمال المادية . والثانى هو التصرفات القانونية .

١ – الأعمال المادية :

وهى الأعمال التى تصدر عن الشخص ، ويرتب عليها القانون أثرا ، بصرف النظر عن اتجاه إرادة الشخص إلى هذا الأثر أم لا .

والعمل المادى قد يكون فعلا ضارا (وهو ما يعرف بالعمل غير المشروع) ، وقد يكون فعلا نافعا . ومثال الفعل النافع أن يصدم شخص شخصا آخر بسيارته ، فهنا ينشأ للمضرور الحق فى التعويض ، ولا عبرة هنا بما إذا كانت إرادة مرتكب الحادث قد اتجهت إلى إنشاء هذا الحق أم لا .

ومثال الفعل النافع أن يصلح الجار حائط جاره المعرض للسقوط ، فهنا يلتزم صاحب الحائط برد النفقات إلى من قام بالإصلاح .

٢ – التصرفات القانونية :

يقصد بالتصرف القانونى ، أو العمل القانونى ، اتجاه إرادة شخص إلى إحداث أثر قانونى معين ، هو إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه .

وقد يتم التصرف القانونى بإرادتين أو أكثر ، فيكون مصدر الحق فى هذه الحالة هو العقد ، ومثال ذلك البيع والإيجار .

وقد يتم التصرف بإرادة واحدة ، تنشئ وحدها الحق ، فيكون مصدر الحق هنا هو الإرادة المنفردة . ومثال ذلك الوصية .

الفصل الثانى

إثبات الحق واستعماله وانقضاؤه

٢٥٥ – تقسيم :

نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث ، نتناول فيها تباعا ، إثبات الحق ، ثم استعماله ، وأخيرا انقضاؤه .

المبحث الأول

إثبات الحق

٢٥٦ – تعريف الإثبات :

يقصد بإثبات الالتزام إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على صحة واقعة قانونية متنازع عليها ، يترتب على ثبوتها آثار قانونية .

٢٥٧ – أهمية الإثبات :

يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التى يعول عليها القاضى عند التحقق من الوقائع القانونية ، والوسيلة العملية التى يلجأ إليها الأفراد لصيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع .

ولذلك فإنه ما لم تثبت الواقعة محل الإثبات فلا يكـون للحـق المتنـازع عليه قيمة عملية ، فالحق الذى ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضـائى ، يكون هو والعدم سواء من الناحية القضائية .

٢٥٨ – محل الإثبات :

محل الإثبات هو الواقعة القانونية التى يرتب القانون أثرا عليها ، ولـذلك لا يعد محلا للإثبات الأثر القانونى لهذه الواقعة ، ولا الحق المـدعى بـه . وقـد تكون الواقعة القانونية محل الإثبات تصرفا قانونيا ، كالعقد ، ويتمثل أثـره فيمـا اتفق عليه المتعاقدان ، أو عملا غير مشروع ، يرتـب القـانون عليـه التزامـا بالتعويض .

٢٥٩ – تقسيم قواعد الإثبات إلى قواعد موضوعية وإجرائيـة ومـدى تعلق كل منها بالنظام العام :

يتميز الإثبات بأنه يضم نوعين من القواعد ، قواعد موضوعية وقواعـد إجرائية . والقواعد الموضوعية هى تلك القواعد التى تحدد عبء الإثبات ومحلـه وأدلة الإثبات وشروطها وقيمة كل دليل ، ومثالها القاعدة التى تقـرر أن عـبء الإثبات يقع على المدعى . أما القواعد الإجرائية فهى التـى تـنظم تقـديم أدلـة الإثبات أمام المحاكم ، وتحدد الإجراءات الواجب اتباعها عند تقديم هذه الأدلـة ، ومثالها القاعدة التى توجب سماع كل شاهد منفردا .

وبينما تتسم قواعد الإثبات الموضوعية بأنها قواعد مكملة ، يجوز الاتفاق على مخالفتها لعدم تعلقها بالنظام العام ، فعلى العكس من ذلـك تعتبـر القواعـد الإجرائية للإثبات قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام .

ويرجع ذلك إلى أن القواعد الموضوعية تتصل مباشرة بالحقوق المالية المتنازع عليها ، وهى حقوق يجوز التصرف فيها والنزول عنها والتصالح فيها ، ولذلك يجوز الاتفاق على استبعاد القواعد المتعلقة بها . ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ٦٠ / ١ من أنه " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " . إذا فالقاعدة التى لا تجيز إثبات بعض التصرفات القانونية بشهادة الشهود وتوجب إثباتها بالكتابة ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا ، كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن ينزل عنها ، ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

٢٦٠ - دور القاضى فى الإثبات - ثلاثة مذاهب فى المسألة :

تتفاوت التشريعات فيما بينها بشأن تحديد الدور الذى يقوم به القاضى فى الإثبات ، وهى تنقسم فى هذا الخصوص إلى ثلاثة مذاهب ، هى مذهب الإثبات الحر ، ومذهب الإثبات المقيد ، ومذهب الإثبات المختلط .

(أ) مذهب الإثبات الحر :

ويعرف كذلك بمذهب الإثبات المطلق ، ووفقا لهذا المذهب يجوز للقاضى أن يلجأ إلى كافة الوسائل التى يراها لازمة لاستقصاء الحقيقة ، فيجوز له استدراج الخصوم لانتزاع الحقيقة منهم ، كما يجوز له استعمال الحيل المختلفة للوصول إلى الحقيقة ، كما يمكن للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى .

ويتميز هذا المذهب بأنه يمكن القاضى من القيام بدور إيجابى فى الإثبات ، ويجيز له أن يستعمل ما يشاء من أدلة الإثبات حتى يتمكن من الوصول إلى الحقيقة ، الأمر الذى من شأنه أن يحقق أكبر قدر من العدالة ، حيث تقترب الحقيقة القضائية كثيرا من الحقيقة الواقعية .

إلا أنه يؤخذ عليه أنه يمنح القاضى سلطة مطلقة فى الإثبات ، اعتمادا على نزاهته وحياده ، ورغم التسليم بوجاهة هذا الاعتبار ، إلا أن القاضى قد يسئ استخدام هذه السلطة ، فهو بشر قد يميل عن جادة الحق ، الأمر الذى قد يؤدى إلى نتيجة عكسية وهى التحكم وعدم تحقيق العدالة .

وحتى لو كان القاضى نزيها ومحايدا – وهو الأصل – فإن تخويله مثل هذه السلطة المطلقة من شأنه أن يعرض الخصوم لاختلاف التقدير بين قاض وآخر ، الأمر الذى يخل بتحقيق العدالة واستقرار المعاملات .

(ب) مذهب الإثبات المقيد :

يقوم هذا المذهب على أساس تقييد حرية القاضى فى جمع الأدلة ، ومؤدى ذلك أن القاضى لا يجوز له الاستعانة بغير الأدلة التى حددها المشرع ، بل ولا يجوز له أن يعطى قيمة لأحد هذه الأدلة أكبر أو أقل مما حددها القانون ، كما يمتنع عليه – وخلافا للمذهب السابق – أن يقضى بعلمه الشخصى . فدور القاضى وفقا لهذا المذهب لا يعدو أن يكون دورا سلبيا .

ولذلك يتميز هذا المذهب بأنه يؤدى إلى بث الثقة والطمأنينة فى نفوس الخصوم ، ويكفل تحقيق الاستقرار فى المجتمع .

وعلى الرغم من هذه المزية إلا أنه يؤخذ عليه أن يسلب القاضى كل سلطة فى التقدير ، لأنه يتقيد بالدليل الذى حدده المشرع ، كما يتقيد بقيمة كل دليل . ومن شأن ذلك الحيلولة بين القاضى وبين تحقيق العدالة ، إذا كان التوصل إليها عن غير طريق أدلة الإثبات التى حددها المشرع .

(ج) مذهب الإثبات المختلط :

يقوم هذا المذهب على أساس الجمع بين مزايا المذهبين السابقين وتلافى عيوبهما . وقد أخذ به المشرع المصرى عن التشريعات اللاتينية كالتشريع الفرنسى والتشريع الإيطالى .

ووفقا لهذا المذهب يتمتع القاضى بحرية كبيرة فى تكوين عقيدته ، فيجوز له أن يقدر قيمة كل دليل ، وله سلطة ترجيح دليل على آخر ، فله أن يقبل بعض الأدلة ، وأن يطرح البعض الآخر ، دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

إلا أنه من ناحية أخرى يتقيد ببعض طرق الإثبات وفقا لما حدده المشرع ، كتقيده بالدليل الكتابى ما لم ينكر أو يطعن فيه بالتزوير .

وتتسع سلطة القاضى على وجه الخصوص فى إثبات المسائل التجارية ، نظرا لما تتسم به من سرعة فى المعاملات ، بينما تتقيد هذه السلطة بشأن إثبات المسائل المدنية .

ويتميز هذا المذهب أنه يؤدى إلى شيوع الاستقرار والطمأنينة فى المجتمع ، حيث يتغلب على أهم عيوب المذهب الحر وهو تحكم القاضى ، كما

أنه فى ذات الوقت يمنح القاضى سلطة تقدير الأدلة التى تقبل التقدير كشهادة الشهود .

٢٦١ - عبء الإثبات :

تنص المادة الأولى من قانون الإثبات الجديد على أنه " على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

ويتضح من هذا النص أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يرفع الدعوى بالنسبة إلى ما يدعيه فيها مما يخالف الأصل ، ويقع على عاتق المدعى عليه بالنسبة إلى ما يدفعها به إذا أثبت المدعى دعواه ، حيث يعتبر المدعى عليه مدعيا فى الدفع .

ومؤدى ذلك أن من يقع عليه عبء الإثبات هو من يدعى خلاف الأصل ، فمن يتمسك بالوضع الثابت أو الظاهر لا يكلف بإثباته ، أما من يدعى خلاف ذلك فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه . والوضع الثابت أو الظاهر ثلاثة أنواع : الثابت أصلا ، والثابت عرضا ، والثابت فرضا .

٢٦٢ - طرق الإثبات :

أورد المشرع المصرى عدة طرق أو أدلة للإثبات على سبيل الحصر ، وهى ستة : الكتابة وشهادة الشهود (البينة) والقرائن وحجية الأمر المقضى والإقرار واستجواب الخصوم واليمين والمعاينة والخبرة . ومؤدى ذلك أنه لا يجوز سواء للقاضى أو لأحد الخصوم أن يلجأ إلى طرق أو أدلة أخرى للإثبات . وفيما نشير بإيجاز إلى كل منها .

١ – الكتابة :

تعد الكتابة أهم طرق الإثبات . وتنقسم الأوراق ، كدليل للإثبات ، إلى نوعين : (الأول) هو الأوراق الرسمية ، وهى التى تصدر عن موظف عام مختص وفقا لأوضاع قانونية معينة ، وأهمها ، فى نطاق هذه الدراسة ، هى الأوراق الرسمية المدنية ، وهى التى تدون فيها عقود واتفاقات كعقود الزواج والهبة والرهن والحوالة والإبراء . (والثانى) هو الأوراق العرفية وهى التى يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم ، وتنقسم إلى نوعين : (١) أوراق موقعة ومعدة للإثبات ، كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ، وتعتبر هذه الأوراق أدلة كاملة (٢) وأوراق غير معدة للإثبات ، وهى غالبا لا تكون موقعة ، كدفاتر التجار والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات .

وتتفاوت أنواع الأوراق فيما بينها من حيث ثبوت حجيتها فى الإثبات وطريقة إثبات عكسها ، فالأوراق الرسمية تكون حجة بذاتها ، ولا يجوز إثبات عكسها إلا من طريق الطعن بالتزوير . أما الأوراق العرفية ، فإن كانت موقعة ، فلا تكون لها حجية إلا إذا لم ينكرها الشخص المنسوب إليه توقيعها ، فإن ثبتت لها الحجية بعدم الإنكار أصلا أو بالتحقيق بعد الإنكار ، جاز إثبات عكسها بالطرق العادية طبقا لقواعد الإثبات العامة . أما إذا لم تكن الورقة العرفية موقعة ، فلا تكون لها حجية إلا فى الأحوال التى يقرر القانون فيها ذلك ، ويجوز حينئذ إثبات عكسها بالطرق العادية

وقد وضعت المادة ٦٠ من قانون الإثبات القاعدة العامة فى الإثبات بالكتابة ، ووفقا لهذا النص ، فإنه يلزم توافر عدة شروط للإثبات بالكتابة هى :

١ – أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا .

٢ – أن يكون التصرف القانونى مدنيا لا تجاريا .

٣ – أن تزيد قيمة التصرف على خمسمائة جنيه أو يكون غير محدد القيمة .

٤ – أن يكون طالب الإثبات أحد أطراف التصرف وليس من الغير .

٢ – البينة (شهادة الشهود) :

يراد بالبينة أحد معنيين ، الأول عام : ويقصد به الدليل أيا كان ، سواء الكتابة أو شهادة الشهود أو غيرها ، فيقال البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والثانى خاص بمعنى شهادة الشهود ، ويقصد بالشهادة إخبار الشخص ، فى مجلس القضاء ، عن إدراكه ، بحاسة من حواسه ، لواقعة صدرت من شخص آخر ، ويترتب عليها حق للغير . وقد أطلق لفظ البينة على شهادة الشهود نظرا لما كانت تمثله الشهادة من أهمية فى الإثبات تفوق غيرها من أدلة الإثبات الأخرى .

وشهادة الشهود إما أن تكون مباشرة ، وهو الغالب ، أو غير مباشرة .

والشهادة المباشرة هى التى تنصب فيها شهادة الشخص على ما وقع تحت سمعه وبصره ، كمن يشهد على وقوع حادث سيارة لأنه رآه بنفسه ، أو كمن يشهد على انعقاد عقد قرض لأنه سمع الاتفاق عليه بين طرفيه ، ورأى المقرض يسلم المقترض مبلغ القرض .

أما الشهادة غير المباشرة ، ويطلق عليها الشهادة السماعية ، فهى التى يشهد فيها الشخص بما سمعه رواية عن غيره ، ويكون هذا الغير هو الذى عاين

الواقعة بنفسه ، ولذلك فالشاهد فى الشهادة السماعية ينقل الواقعة عمن سمعها أو رآها ، من ذلك أن يشهد شخص بأن شخصا آخر روى له أنه حضر مجلس العقد وشاهد وسمع البائع والمشترى يتبادلان عبارات الإيجاب والقبول .

وبالنسبة لحالات الإثبات بالبينة ، فهناك حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة بحسب الأصل ، وحالات أخرى يجوز فيها الإثبات بالبينة استثناء .

والنوع الأول من هذه الجالات يستفاد من نص المادة ٦٠ من قانون الإثبات والذى تقدم ذكره ، ويدخل فى هذا النوع الوقائع المادية والمواد التجارية والتصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه .

أما النوع الثانى وهو حالات جواز الإثبات بالبينة استثناء ، فقد تناولته المادتان ٦٢ و٦٣ من قانون الإثبات ، ويضم هذا النوع مبدأ الثبوت بالكتابة ووجود مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى وفقد السند الكتابى لسبب أجنبى .

٣ - القرينة :

القرينة هى استنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة . أو هى - بتعبير محكمة النقض - استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين ، فإنها لا تصلح مصدرا للاستنباط .

والقرينة بذلك تعد دليلا غير مباشر ، إذ هى لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها ، وإنما على واقعة أخرى يستنبط منها الدليل على الواقعة الأولى . مثال ذلك وجود سند الدين فى يد المدين ، يعد قرينة على الوفاء ، فالواقعة غير

الثابتة – المراد إثباتها – هى واقعة الوفاء ، والواقعة الثابتة هى وجود سند الدين فى يد المدين ، فيستدل بالثانية على الأولى .

والقرائن نوعان ، قضائية يستنبطها القاضى من وقائع وملابسات الدعوى المطروحة أمامه ، وقانونية يستنبطها المشرع نفسه من حالات يغلب وقوعها عملا ، فينص عليها ويضعها فى صيغة عامة مجردة .

٤ – حجية الأمر المقضى :

يقصد بحجية الأمر المقضى أن يكون الحكم الصادر بالفصل فى دعوى عنوانا للحقيقة ، ولو لم يكن كذلك فى الواقع ، فلا يجوز لمن كان طرفا فى هذه الدعوى إعادة عرضها على القضاء مرة أخرى لنظرها متى كان ذلك متعلقا بذات الحق ، الذى سبق الفصل فيه ، محلا وسببا (م ١٠١ من قانون الإثبات) .

٥ – الإقرار :

يقصد بالإقرار اعتراف الخصم بواقعة من شأنها أن ترتب آثارا قانونية ضده ، ولمصلحة الخصم الآخر . أو هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق فى ذمته أو لم يقصد .

ويتميز الإقرار بذلك بأنه يحسم النزاع ، إذ هو يعفى الخصم الآخر من الإثبات ، ذلك أن اعتراف الشخص من تلقاء نفسه بحق الطرف الآخر يغنى عن تقديم أى دليل آخر لإثبات هذا الحق .

وليس للإقرار شكل معين ، فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، والإقرار الصريح قد يكون مكتوبا وقد يكون شفويا . والإقرار الصريح بمثابة

تقرير من المقر بوقائع يقر بصحتها ، فإن كان مكتوبا فلا يلزم له شكل خاص ، فقد يتم فى صورة رسالة أو برقية أو فى صحيفة دعوى .

٦ - استجواب الخصوم :

هناك صلة وثيقة بين الإقرار وبين استجواب الخصوم ، إذ قلما يقر الخصم بادعاء خصمه من تلقاء نفسه ، بل يكون ذلك فى الغالب نتيجة استجواب ، ولكن لا يعنى ذلك أن الغرض من استجواب الخصم هو فقط الحصول منه على إقرار بادعاء الطرف المدعى ، بل الغالب أن يقصد من الاستجواب توضيح وقائع وظروف الدعوى .

ويتم الاستجواب بأن تقوم المحكمة باستجواب الخصم من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب الخصم الآخر . وهو لا يجوز إلا لمن كان خصما فى الدعوى ، أما من ليس خصما فلا يستجوب ، وإنما يسمع باعتباره شاهدا ، بعد إحالة المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، وتحليفه اليمين (م ١٠٥ وم ١٠٦ من قانون الإثبات) .

٧ - اليمين :

اليمين هى إشهاد الله سبحانه وتعالى على صدق ما يخبر به الحالف . فاليمين ليست عملا مدنيا فحسب ، وإنما هى عمل دينى كذلك . واليمين بهذا المعنى هى تلك التى يقصد منها توكيد قول هو ما يقرره الحالف .

واليمين التى يكلف بها الخصوم نوعان : قضائية ، وهى التى تحلف أمام القضاء ، وغير قضائية ، وهى التى يتفق على حلفها فى غير مجلس القضاء .

ولم ينظم قانون الإثبات سوى اليمين القضائية . أما بالنسبة لليمين غير القضائية فهى تخضع للقواعد العامة ، فتترتب عليها النتائج المتفق عليها بين الطرفين ، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك .

وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين هما اليمين الحاسمة واليمين المتممة .

واليمين الحاسمة هى اليمين التى يوجهها أحد الخصوم إلى الآخر عندما يعوزه الدليل ، لحسم النزاع القائم بينهما . وهى بهذا المعنى تنطوى على قدر من المجازفة ، إذ لا تعدو أن تكون آخر وسيلة يتمسك بها الخصم محتكما فيها إلى ضمير الخصم الذى يطلب منه أداء اليمين ، فإذا حلف هذا الأخير خسر الخصم الآخر دعواه ، أما إذا لم يحلف كسب الخصم الآخر الدعوى .

أما اليمين المتممة هى التى يوجهها القاضى لأحد الخصوم ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به .

٨ - المعاينة :

تتم المعاينة بانتقال المحكمة ، أو انتداب أحد قضاتها لمعاينة المتنازع فيه . ويكون ذلك إما بناء على طلب أحد الخصوم ، وإما أن تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها ، إذا رأت ضرورة لذلك (م ١٣١ وما بعدها من قانون الإثبات) .

٩ - الخبرة :

وهى نوع من المعاينة ، وتتم بواسطة شخص من أهل الخبرة ، وذلك فى الأحوال التى يلزم فيها إبداء الرأى فى مسألة ذات طابع مهنى أو فنى ، كالطب أو الهندسة . ففى هذه الحالة تحكم المحكمة بندب خبير واحد أو ثلاثة

للاستعانة بهم ، ورأى هؤلاء غير ملزم للمحكمة (م ١٣٥ وما بعدها من قانون الإثبات) .

المبحث الثانى

استعمال الحق

٢٦٣ - إذا كان لصاحب الحق أن يستعمل حقه ، فإنه يتقيد فى ذلك بعدم الإضرار بالغير ، وعدم تجاوز الحدود التى وضعها القانون لاستعمال هذا الحق .

فإذا تجاوز الشخص هذه الحدود ، فإنه يكون مخطئا ، ويلتزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا الاستعمال . ومثال ذلك صاحب حق الانتفاع ، يخوله القانون سلطتى استعمال الشئ واستغلاله ، دون التصرف فيه ، فإذا تجاوز هذه السلطات ، بأن تصرف فى الشئ محل الانتفاع ، فإنه يلتزم بتعويض مالك الشئ عن الضرر الذى أصابه نتيجة هذا التجاوز ، وذلك على أساس التعسف فى استعمال الحق .

أما إذا استعمل صاحب الحق حقه فى الحدود التى رسمها القانون ، وترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير ، ففى هذه الحالة لا يسأل صاحب الحق عن تعويض المضرور ، لأنه استعمل حقه استعمالا مشروعا . ومثال ذلك أن يقيم شخص بناء على أرضه ، ويترتب على ذلك حجب الضوء والهواء عن جاره ، وهنا لا يسأل عن تعويض هذا الضرر ، وهذا ما قضت به المادة ٤ من القانون المدنى بقولها : " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ من ذلك من ضرر " .

يفهم من ذلك إذا أن صاحب الحق ، قد يستعمل حقه استعمالا مشروعا ، وحينئذلا يلتزم بتعويض اضرر الناشئ عن هذا الاستعمال . كما أنه قد يستعمل حقه استعمالا غير مشروع ، فيلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن ذلك .

٢٦٤ - عدم جواز التعسف فى استعمال الحق :

نشير ، بإيجاز ، فيما يلى ، إلى نظرية عدم جواز التعسف فى استعمال الحق ، فنبين المقصود بها ، وحالات التعسف فى استعمال الحق .

٢٦٥ - (أ) المقصود بالتعسف فى استعمال الحق :

يقصد بالتعسف فى استعمال الحق ، أن يستعمل الشخص السلطات التى يخولها له القانون استعمالا ضارا بالغير ، ويتحقق ذلك متى لم يقصد من هذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها ، قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب مع ما يعود على الغير من ضرر ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة (م ٥ مدنى) .

٢٦٦ - (ب) حالات التعسف فى استعمال الحق :

وفقا لنص المادة ٥ من القانون المدنى ، يكون الشخص متعسفا فى استعمال حقه فى الحالات الثلاث التالية :

١ - **إذا لم يقصد صاحب الحق سوى الإضرار بالغير :** ومثال ذلك أن يقيم شخص جدارا مرتفعا فى ملكه قاصدا من ذلك حجب الضوء والهواء عن جاره ، دون أن تكون له مصلحة فى إقامة هذا الجدار .

٢ – عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذى لحق بالغير : ويتحقق ذلك إذا كانت المنفعة التى يحصل عليها الشخص تافهة أو ضئيلة القيمة ، بالمقارنة بالضرر الذى أصاب الغير . ومن أمثلة ذلك أنه لا يجوز لمالك الحائط أن يهدمه مختارا ، دون عذر قوى ، إذا كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط (م ٨١٨ / ٢ مدنى) .

٣ – عدم مشروعية المصلحة المقصودة بالاستعمال : ويكون ذلك إذا قصد صاحب الحق من استعمال حقه ، تحقيق غاية لا يقرها القانون . ومثال ذلك صاحب العمل الذى يفصل العامل ، بسبب نشاطه النقابى ، لأنه يقصد من بهذا منع العامل من مباشرة نشاطه النقابى ، وهذه غاية لا يقرها القانون .

فإذا تحققت إحدى هذه الحالات ، كان صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه ، وجاز لمن أصابه ضرر من ذلك ، أن يرجع عليه بالتعويض .

المبحث الثالث

انقضاء الحق

٢٦٧ – كما سبق أن أشرنا ، فإنه إذا نشأ الحق ، وتمتع به صاحبه ، فإن ذلك لا يكون بصورة مؤبدة ، بل لابد من أن ينقضى هذا الحق فى وقت ما . وتختلف أسباب انقضاء الحقوق ، بحسب ما إذا كانت حقوقا عينية ، أو حقوقا شخصية .

٢٦٨ – أولا – انقضاء الحقوق العينية :

تنقضى الحقوق العينية بأحد الأسباب التالية :

١ – هلاك محل الحق : إذ يؤدى هلاك الشئ إلى انقضاء الحق الوارد عليه . كأن يتهدم المنزل المملوك لشخص ما ، فمن البديهى أن ينقضى حق الملكية الوارد على هذا المنزل .

٢ – عدم الاستعمال (بالنسبة للحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية) : وهذه الحقوق هى الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق والحكر ، ويترتب على عدم استعمال أى من هذه الحقوق ، لمدة خمس عشرة سنة ، إلى تقادمها .

ولا يسرى هذا السبب بالنسبة لحق الملكية ، لأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال . ولكن إذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير ، بقصد تملكه ، فإنه يتملكه إذا مضت مدة معينة (خمس سنوات أو خمس عشرة سنة) ، ولا يعنى ذلك أن حق المالك قد سقط بعدم الاستعمال ، وإنما القانون غلب حق

واضع اليد على حق المالك الذى لم يبذل العناية اللازمة لحماية ملكيته طوال هذه السنين .

٣ – **انتهاء الأجل المحدد للحق :** قد يتفق على أجل معين للحق ينقضى به ، كأن يتفق على إنشاء حق انتفاع لمدة ثلاث سنوات ، فينقضى بانتهاء هذه المدة .

٤ – **النزول عن الحق :** كأن يتنازل صاحب حق الانتفاع عن حقه ، قبل انقضاء المدة المتفق عليها .

٥ – **انقضاء الحق العينى التبعى بانقضاء الحق الذى يضمنه :** ومثال ذلك الرهن الذى يتقرر ضمانا لدين ما ، فإذا انقضى هذا الدين ، انقضى تبعا لذلك الرهن المقرر لضمانه .

٢٦٩ – ثانيا – انقضاء الحقوق الشخصية :

تنقضى الحقوق الشخصية بأحد الأسباب التالية :

١ – **الوفاء :** الأصل أن تنقضى الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، بوفاء المدين بما التزم به ، يستوى فى ذلك أن يكون محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل .

٢ – **استحالة التنفيذ :** إذا استحال على المدين الوفاء بالتزامه ، استحالة مطلقة ، انقضى الحق . ومثال ذلك أن تهلك السيارة المبيعة ، بسبب أجنبى ، قبل تسليمها إلى المشترى ، فهنا ينقضى التزام البائع بنقل الملكية وتسليم السيارة ، وبالمقابل ينقضى التزام المشترى بدفع الثمن .

٣ – **اتحاد الذمة** : يفترض اتحاد الذمة اجتماع صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد ، ويترتب على ذلك انقضاء الدين ، لأنه لا يتصور أن يطالب الشخص نفسه . ومثال ذلك حالة الميراث ، فإذا كان الشخص مدينا لمورثه ، فإنه يترتب على انتقال حقوق المورث إليه ، أن يصبح ، بصفته وارثا ، دائنا لنفسه ، وحيث لا يمكن للشخص أن يطالب نفسه ، فإن الدين ينقضى فى هذه الحالة .

٤ – **الإبراء** : وهو عمل قانونى من جانب الدائن ، يتنازل به عن حقه قبل المدين ، بلا مقابل ، وهو لذلك عمل تبرعى ، فيشترط فيه أن تكون لدى الدائن أهلية التبرع .

٥ – **المقاصة** : تفترض المقاصة وجود شخصين كلاهما دائن ومدين للآخر فى ذات الوقت . وهى قد تكون قانونية أو قضائية . والمقاصة القانونية تقع بقوة القانون ، إذا توافرت فيها شروط معينة ، فإذا انتفى أحد هذه الشروط كانت المقاصة قضائية ، أى يصدر بها حكم من القضاء .

٦ – **التقادم** : إذا انقضت مدة معينة دون أن يطالب الدائن بحقه ، سقط هذا الحق بالتقادم . والأصل أن تكون هذه المدة خمس عشرة سنة . وهناك مدد أخرى للتقادم نص عليها القانون . فالحقوق الدورية المتجددة ، وهى التى تستحق فى مواعيد دورية متجددة (كإيجار المبانى) تتقادم بمضى خمس سنوات . ويسقط بمضى ثلاث سنوات الرسوم المستحقة للحكومة . ويسقط بمضى سنة واحدة الحقوق المستحقة لخدم المنازل عن أجرة خدمتهم .

تم بحمد الله تعالى

الفهرس

الكتاب الأول

نظرية القانون

الكتاب الثانى

نظرية الحق

الباب الأول : تعريف الحق وأنواعه

الباب الثانى : أركان الحق